DAS GARANTIEMANDAT

NACH RÖMISCHEM UND GEMEINEM RECHT

VON

Pavel Emel'ianovich
PAUL SOKOLOWSKI,
MITGLIED DES RUSSISCHEN INSTITUTS FÜR RÖMISCHES RECHT
BEI DER UNIVERSITÄT ZU BERLIN.

EINE
ZUR ERLANGUNG DES GRADES EINES MAGISTERS
DES RÖMISCHEN RECHTS DER JURISTEN-FACULTÄT
DER KAISERLICHEN UNIVERSITÄT ZU DORPAT
EINGEREICHTE ABHANDLUNG.

HALLE A. S.
DRUCK VON EHRHARDT KARRAS.
1890.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Facultät.
Dorpat, den 17. Februar 1891.
Nr. 32. Decan: Dr. C. Erdmann.

Rec. Mar. 12, 1891.

Einleitung.

Die Entwickelung des römischen Bürgschaftsvertrages bietet uns ein lebensvolles, vielgestaltetes Bild. Kaum giebt es ein Rechtsinstitut, welches gleich diesem den mannigfachsten Wandlungen unterworfen gewesen wäre. Oft trat hier die strenge Theorie der Rechtssätze in Widerstreit zu den Forderungen des schnell pulsirenden Lebens, um in wechselseitiger Versöhnung und Befruchtung neue Gebilde zu erzeugen.

Weit und gewunden ist der Weg von der streng formalen sponsio bis zum gänzlich formlosen Mandat, aber er begleitet ein gutes Stück altrömischer Culturgeschichte.

Es spiegelt sich in jenem Uebergang der allmähliche Fortschritt wieder vom enggeschlossenen Gemeinwesen des römischen Ackerbürgers mit seinem vielfach sakral beeinflussten strictum jus bis zum alle menschliche Cultur umfassenden Weltreich der Imperatoren und jenem aus dem Empfinden der Völker geschöpften Bedürfniss nach Treue und Glauben, nach Freiheit und Leichtigkeit im Verkehr.

Die alte nur bei formalen Rechtsgeschäften zulässige sponsio mit ihrem kaum weniger strengen Seitenstück der fidepromissio erwies sich bald als zu straff. Im Interesse des allzu schwer belasteten Bürgen erschien eine Reihe von Ausnahmegesetzen, durch welche beide Institute in ihren Wirkungen gänzlich umgestaltet wurden, so dass sie nunmehr dem Gläubiger nur noch eine sehr geringe Sicherheit boten.

Dieser den practischen Bedürfnissen wenig entsprechende Zustand veranlasste die Entstehung einer concurrirenden Bürgschaftsform in der fidejussio, die sich dem strengen Gesetze der Verbalobligation unterordnete und durch diesen stricten Inhalt dem Gläubiger wieder ausreichende Sicherheit gewährte.

Indessen blieben auch hier die üblen Erfahrungen nicht aus. Was man bereits bei der sponsio und fidepromissio als Missstand empfunden hatte — die Forderung, dass die Bürgschaft nur auf „idem" lauten dürfe — machte sich auch bei der fidejussio fühlbar. Ueberdies musste die Art der Eingehung jener Verbindlichkeit um so lästiger werden, als man sich mehr und mehr formlosen Verträgen zuwandte. Das Requisit der praesentia beider Contrahenten liess sich bei Handelsgeschäften, die meist über grosse Entfernungen abgeschlossen wurden, nicht mehr aufrecht erhalten. Namentlich aber war es die Wirkung der litiscontestatio mit dem Hauptschuldner oder Bürgen, welche als sehr drückend empfunden wurde. Die hiermit verbundene Klagenconsumtion brachte es mit sich, dass der Bürge seinen Rückgriff gegen den Hauptschuldner in vielen Fällen — gegen seine Mitbürgen aber jedenfalls einbüsste.

Es ist daher nicht auffällig, wenn man sich unter solchen Umständen nach einem weiteren Concurrenzinstitut umsah, welches den fortgeschrittenen Zeitverhältnissen gemäss namentlich dem Streben nach Formlosigkeit und der bona fides im im Vertrage entsprach. Von allen vorhandenen Contractsarten errang das Mandat den Vorzug und hat sich bis auf den heutigen Tag unter dem Namen „mandatum qualificatum" jene Funktion bewahrt.

Diese mehrfache Verzweigung des römischen Bürgschaftssystems hat eine wenig wohlthuende Wirkung auf die Gestaltung des heutigen Bürgenvertrages geäussert. Es mangelt ihm noch immer die einheitliche Gestaltung. Wenngleich es freilich nur noch der modernen Theorie vorbehalten ist, ernstlich die feinen Unterschiede zwischen fidejussio, constitutum debiti alieni und mandatum qualificatum zu prüfen, so hat doch eben das Mandat sich auch in Gesetzgebung und Rechtssprechung immer wieder vorgedrängt und die Schaffung einheitlicher Principien für jeden Bürgenvertrag vereitelt.

Diese noch heute selbständige Stellung des Bürgschaftsmandats erklärt sich vorzugsweise daraus, dass man allgemein bestrebt war, diesen Contract unter die Normen des Mandats im gewöhnlichen Sinn zu stellen. Nun ist es zu keiner Zeit geleugnet worden, dass bei jener Abart des Mandats wesentlich

ein Garantievertrag in Frage komme, welcher bloss in das äussere Gewand eines Mandats gehüllt sei. Nichts desto weniger hat man bei der Beurtheilung dieses Rechtsinstituts sich doch immer wieder von jener dem Wesen der Sache fremden Form beeinflussen lassen und sich in müssigen Bemühungen erschöpft, die gar nicht zu verkennenden principiellen Abweichungen des Garantiemandats von der regelmässigen Bildung des Mandatscontracts abzuschleifen, oder doch ihrer Bedeutung zu entkleiden.

Man glaubte es übersehen zu können, dass, während das Mandat im gewöhnlichen Sinn unter allen Umständen ein Consensualcontract ist, welcher sogleich nach seinem Abschlusse für beide Parteien Verbindlichkeiten erzeugt und dem entsprechend beiden Parteien auf Erfüllung der übernommenen Verpflichtung Klagen gewährt, dieses beim Garantiemandat keineswegs zutrifft.

Das Garantiemandat ist ein einseitiges Versprechen des Garanten resp. Mandanten, durch dessen Annahme er einseitig verpflichtet wird, ohne dass indessen dieser seiner Gebundenheit eine correspondirende Verpflichtung des Mandatars zur Ausführung des Mandats gegenüberträte. Wofern also nicht äussere, begrifflich hierher nicht gehörige Umstände hinzutreten, hat der Mandant auch keine actio mandati directa auf Erfüllung des Mandats, da ihm regelmässig jedes vermögensrechtliche Interesse hieran mangelt. Der Mandant hat in Bezug auf das Rechtsgeschäft, für dessen Erfolg er einsteht, kein Bestimmungsrecht, er ist nicht dominus negotii, — nur dass die durch seine Garantie gezogenen Gränzen nicht überschritten werden, kann er verlangen und dieses sind dann wieder die Schranken seiner Haftung.

Auch von einer Gefälligkeit des Mandatars gegen den Mandanten kann hier nicht die Rede sein, da, wie bereits erwähnt, dem Mandanten an der Ausführung des Rechtsgeschäfts, für dessen Ausgang er die Garantie übernommen hat, kein eigenes Interesse erwächst. — Will man aber dennoch dem Garantiemandat den Character der Gefälligkeit wahren, so kann eine solche principiell nur auf der Seite des Mandanten gefunden werden, da regelmässig nicht ihm, sondern dem

Mandatar, beziehungsweise einer dritten Person der Vortheil aus dem Rechtsgeschäft zu Theil wird.

Wenn nun aber dennoch die Autorität der Rechtslehrer und Gesetzgeber jenen fremden Zweig auf den Baum des Mandats pfropfte, so mahnt die noch heute sichtbare Narbe uns immer wieder daran, dass es sich hier um die künstliche Verbindung zweier verschiedener, ursprünglich von einander getrennter Dinge handele.

Auch noch heute vermögen wir jene Bedenken vollauf zu würdigen, welche ältere römischen Juristen gegen die Verschmelzung des formlosen Garantieversprechens mit dem Mandate hegten. Jeder Versuch, Ursprung und Wesen des Garantiemandats im engen, untrennbaren Zusammenhang mit dem Mandatssystem zu erforschen, muss nothwendig scheitern. Beides kann vielmehr richtig nur dann erkannt werden, wenn wir uns die Entwickelung des formlosen Garantieversprechens selbständig vergegenwärtigen.

---

§ 1. Promissio indemnitatis und Garantiemandat.

I.

Eine sehr gewöhnliche Form für den Abschluss eines Garantievertrages bildete die sog. „promissio indemnitatis".[1])

Dieses formelle Versprechen der Schadloshaltung war insbesondere üblich, um einen Delaten zum Erbschaftsantritt zu bestimmen.[2])

Die indemnitatis promissio kam ferner zur Anwendung auf dem Gebiete des Vormundschaftsrechts. Sie konnte hier Platz greifen, wenn die Mutter oder sonstige nahe Angehörige des Pupillen die Tutoren dazu veranlassten, ihnen die selbständige Verwaltung des Mündelvermögens einzuräumen. Da hier der Tutor für den Bestand der ihm anvertrauten Güter

---

[1]) Tit. Cod. „si mater indemnitatem promiserit" 5. 46. R. Stammler: „Der Garantievertrag", im Archiv für civilist. Praxis" Band 69. III. Abschnitt S. 52 ff.

[2]) L. 19. pr. Dig. ad sen. cons. Vellej. 16. 1.

rechtlich nach wie vor haftbar blieb, so machte er natürlich zur Bedingung seines thatsächlichen Rücktrittes von der Verwaltung des Pupillengutes die formelle Zusage, dass man ihn vor den Folgen einer eventuellen actio tutelae directa sicher stellen werde.

L. 2. Cod. si mater 5. 46. L. 6. pr. Cod. ad sen. cons. Vellej. 4. 29. cf. damit Pauli sentent. II. tit. XI. § 2.[1])

Die gleiche Bedeutung kommt der indemnitatis promissio zu, wenn die Mutter des Pupillen in die Verwaltung des Mündelvermögens in der Weise eingreift, dass sie den Tutor zu einem gewissen Thun oder Unterlassen bestimmt — z. B. ihn veranlasst den Verkauf eines dem Pupillen gehörigen Grundstückes nicht vorzunehmen — indem sie zugleich die Garantie für die hieraus etwa entstehenden Verluste übernimmt.

L. 8. § 1. L. 19. § 1. Dig. ad sen. cons. Vellej. 16. 1.

Den juristischen Character einer indemnitatis promissio hat auch die Haftung der Affirmatoren, welche übrigens dem öffentlichen Recht angehört.

Der Affirmator empfiehlt einen Vormund hinsichtlich seiner Solvenz.

Hieraus allein vermag eine Verpflichtung ganz ebensowenig zu entstehen, wie aus der analogen, etwa dem Creditgeber gemachten Mittheilung, der Darlehnsempfänger sei zahlungsfähig. Für diesen Fall aber wird eine Haftung desjenigen, „qui adfirmaverat idoneum esse eum, cui mutua pecunia dabatur" strict geleugnet.[2]) Damit also aus dieser an sich unverbindlichen Versicherung eine Verpflichtung des Affirmators hervorgehe, muss ein Versprechen, die Gefahr — das

---

[1]) „Mulier, quae pro tutoribus filiorum suorum indemnitatem promisit, ad beneficium senatus consulti non pertinet." Hier wäre freilich auf Vorschlag des Cujacius das „pro" vor „tutoribus" zu streichen. Vgl. übrigens die Bemerkung Kruegers: „Collectio librorum juris antejustiniani" Berolini 1878. Band II. S. 64.

[2]) L. 7. § 10. Dig. de dolo malo 4. 3. Ich mache darauf aufmerksam, dass Ulpian hier, indem er freilich den Pomponius citirt, auch für diesen Zusammenhang den Ausdruck „adfirmaverat" braucht. Vergleiche damit die L. 4. in fin. Dig. de fidejussor. et nominator. 27. 7, welche gleichfalls von Ulpian herstammt.

periculum — zu tragen, in Gestalt einer indemnitatis promissio hinzutreten.

Dasselbe drückt ganz unzweideutig aus

> L. 3. Cod. si mater 5. 46. Impp. Diocletianus et Maximianus A. A. et C. C. Gajano: „Ob tutorem non idoneum a matre petitum frustra vobis eam teneri contenditis, cum non, nisi specialiter ejus periculo dari decreto fuisset comprehensum, ex ea obligatione obstricta est."

Dadurch also, dass die Mutter des Pupillen um die Ernennung eines bestimmten Vormundes nachsucht, übernimmt sie noch keinerlei Haftung. Erst wenn eine ausdrückliche Erklärung, für die Solvenz des Vormundes einzustehen, in das Decret aufgenommen wird, geht auf sie das „periculum" seiner Verwaltung über.

Durch das Erforderniss dieses formalen Garantieversprechens kommt dann thatsächlich die Stellung des Affirmators derjenigen eines Fidejussors sehr nahe:

> L. 4. in fin. Dig. de fidejussor. et nom. 27. 7. Ulpian: „Eadem causa videtur adfirmatorum, qui scilicet cum idoneos esse tutores adfirmaverint, fidejussorum vicem sustinent." [1])

Endlich darf das formale Garantieversprechen keineswegs als auf die erwähnten Fälle beschränkt gedacht werden. Es kann vielmehr zu jedem beliebigen Schuldverhältniss hinzutreten und erscheint dann als Versprechen, dasjenige zu leisten, was der Gläubiger vom Schuldner nicht werde beitreiben können.

> Cf. L. 42. Dig. de reb. cred. 12. 1. L. 116. Dig. de verb. obl. 45. 1. L. 21. Dig. de solut. 46. 3. L. 150. Dig. de verb. sign. 50. 16 u. a. m.

Obgleich neuere Schriftsteller diesen Fall ohne Bedenken als fidejussio indemnitatis bezeichnen [2]), so ist für die Zeit der

[1]) Cf. L. 11. § 1, 15. § 1, 17. § 15 Dig. ad municipal. et de incolis 50. 1, wo die Haftung der „nominatores magistratuum" für das „periculum" der Amtsführung besprochen wird. — Auch hier findet eine Nebeneinanderstellung ihrer Verpflichtungen mit denjenigen der Fidejussoren statt.

[2]) Statt aller anderen vergl. Keller: „Ueber Litiscontestation und Urtheil nach classischem römischen Recht". Zürich 1827. S. 563 u. ff.

klassischen Jurisprudenz dieses Rechtsverhältniss von der fidejussio ganz zweifellos streng zu unterscheiden; einmal dadurch, dass es begrifflich eine Vorausklage gegen den Schuldner erfordert: — L. 116. Dig. de verb. obl. 45. 1 — was vor Einführung des beneficium excussionis bei der fidejussio nicht der Fall war, und sodann, weil die Obligation des Garanten als eine bedingte bezeichnet wird, welche gar nicht zur Existenz gelangt, wenn der Schuldner gehörig erfüllt.

> Cf. L. 116. Dig. cit.: Paulus notat: non enim sunt duo rei Maevius et Titius ejusdem obligationis, sed Maevius (der Garant) *sub condicione* debet, si a Titio (dem Schuldner) exigi non poterit."

Ferner vergleiche:

> L. 21. Dig. de solut. 46. 3: „incertum quippe est an omnino Sejus (der Garant) debiturus sit: denique si totum Titius (der Schuldner) solverit, *nec debitor fuisse videbitur Sejus,* quia *condicio* ejus deficit."

Auch darauf wäre in diesem Zusammenhange hinzuweisen, dass uns hier wieder die beim Garantieversprechen übliche Wendung „periculum subire" entgegentritt.[1])

Aber auch im modernen Recht entbehrt der Unterschied zwischen dem bedingten Versprechen — dem Gläubiger dasjenige zu leisten, was er vom Schuldner nicht erhalten könne — und der Bürgschaft nicht jeder practischen Bedeutung. Der Richter wird hier jedenfalls zu erwägen haben, in welchem Sinne eine solche Haftung aufzufassen sei, insbesondere wie weit der Gläubiger in seiner Execution gegen den Hauptschuldner gehen muss, bevor er den Garanten belangen darf.

Handelt es sich um eine gewöhnliche Bürgschaft, so genügt eben jede erfolglose Vorausklage und Mobiliarexecution gegen den Hauptschuldner, um einen Anspruch gegen den Bürgen zu begründen; kommt dagegen ein bedingtes Zahlungsversprechen desjenigen, was der Gläubiger vom Schuldner nicht werde erhalten können, in Frage, so wird der Garant ohne Zweifel fordern dürfen, dass eine Execution in die ge-

[1]) L. 116. Dig. de verb. obl. 45. 1. Papinianus: „Decem stipulatus a Titio postea, quanto minus ab eo consequi posses, si a Maevio stipularis, sine dubio Maevius universi *periculum* potest *subire*".

sammten Güter des Schuldners, namentlich eine Subhastation seiner Immobilien stattfinde, bevor seitens des Gläubigers die Spitze gegen ihn gekehrt werde.[1]) Erst nachdem diese Massnahmen zur Befriedigung des Klägers nicht geführt haben, kann die Thatsache als feststehend erachtet werden, dass vom Hauptschuldner keine volle Leistung zu erlangen ist.[2])

II.

Neben diesem Garantieversprechen durch formale: „indemnitatis promissio" macht sich dann gleichberechtigt das Mandat geltend.

Julian erwähnt es beim Antritte einer suspecten Erbschaft als Versprechen, für allen aus dem Erwerbe einer solchen entstehenden Schaden zu haften.[3]) Bemerkenswerth ist es, dass hierin bereits eine besondere Gestaltung des Mandats erblickt wird:

> cf. L. 32. Dig. mandati 17. 1. „Si hereditatem aliter aditurus non essem, quam cautum mihi fuisset damnum praestari et *hoc* mandatum intercessisset — —."

Ich mache besonders auf das „*hoc* mandatum" im Zusammenhange mit „cautum mihi fuisset" aufmerksam. Diese Nebeneinanderstellung ist sehr ungewöhnlich. Statt des Mandats dürfte man eine cautio in Stipulationsform erwarten. „*Hoc* mandatum" bedeutet also ein solches Mandat, durch welches man cavirt oder garantirt, mithin ein Garantiemandat.

Julians jüngerer Zeitgenosse Africanus nennt das Garantiemandat bereits in einem Athemzuge mit der „indemnitatis pro-

---

[1]) Cf. Gruchot: „Beiträge zur Erläuterung des preussischen Rechts." Band XII. S. 892.

[2]) Auch Goldschmidt — Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, Stuttgart 1882, S. 59 — ist der Ansicht, „dass die sog. fidejussio indemnitatis nach heutigem gemeinem Recht trotz Nov. IV von der gewöhnlichen Bürgschaft mit Excussionseinrede zu unterscheiden ist, da wie ihre juristische Structur, so auch ihre wirthschaftlichen Functionen verschieden sind."

[3]) L. 32. in fin. Dig. 17. 1: „Praeterea vulgo animadvertere licet mandatu creditorum hereditates suspectas adiri, quos mandati judicio teneri procul dubio est."

missio" und wendet beide Rechtsinstitute promiscue auf ganz gleichartige Thatbestände an:

> cf. L. 19. pr. Dig. ad sen. cons. Vellej. 16. 1. Africanus: „Tutor pupilli decesserat herede instituto Titio: cum de adeunda hereditate dubitaret, quoniam male gesta tutela existimaretur, persuadente matre pupilli, ut suo periculo adiret, adiit *stipulatusque* de ea est *indemnem se* eo nomine *praestari* — —." Vgl. damit § 1 eod.: „*Nec dissimilem* huic propositioni ex facto agitatam. Cum quidam vir praetorius decessisset duobus filiis superstitibus, quorum alter impubes esset et alter legitimus tutor fratri esset et eum paterna hereditate abstinere vellet, *mandatu* uxoris defuncti, quae mater pupillo esset, abstento pupillo solum se (od. nach Mommsen: „abstento se pupillum solum") hereditati miscuisse.[1])

Dass diesen Zwecken zu dienen, zunächst keineswegs Aufgabe des Mandats sei, dass es sich vielmehr hierbei um einen fremden Rechtsinhalt handele, welcher in Mandatsform gekleidet ist, erkannten bereits ältere Juristen. — Die causa debendi ist hier ein der indemnitatis promissio analoges, einseitiges, aber formloses Versprechen, welches auch nur eine einseitige Verpflichtung erzeugt.

Es fragt sich nun, welchen Einflüssen wir jene eigenartige vom principiellen Character des Mandats völlig abweichende Gestaltung des Garantiemandats zuzuschreiben haben? — Wir werden nicht fehlgehen, wenn wir das Vorbild für diese Entwickelung im alten Institute des jussus, speciell in seiner Verbindung mit der actio quod jussu suchen.

§ 2. Die actio quod jussu — als Klage aus einem formlosen Garantieversprechen.

I.

Allem zuvor muss darauf hingewiesen werden, dass es verfehlt ist, den Ausdruck „jussus" durch das ganze System des

[1]) Die gleiche Bedeutung hat das Mandat auch in § 2 eod., worauf dann in § 4 wieder die „indemnitatis promissio" vorkommt. — Cf. auch L. 59. § 5. Dig. mand. 17. 1, wo Paulus die Wendung braucht: „*indemnem me praestaturum ex causa mandati*".

römischen Rechts hindurch in allen seinen Entwickelungsstufen nur immer in einem bestimmten Sinne zu interpretiren. — Gerade deshalb, weil diese Bezeichnung zur Deckung je nach Zeit und Verhältnissen ganz verschiedener Begriffe gedient hat.

Freilich Spuren finden sich in den Quellen fast von allen in der neuern Litteratur vertretenen Auffassungen. Es hat daher jede der heute vorkommenden Meinungen ihre Stützen; indessen ist man hier nur zu oft in den Fehler verfallen, auf schmalem Fundament zu breit zu bauen.

1. Wenn wir auch nur die wesentlichsten aller in unseren Tagen und früher geltend gemachten Anschauungen in's Auge fassen, so wird zunächst gar nicht bestritten werden können, dass der jussus, als Ausdruck der väterlichen Gewalt, die Bedeutung eines Befehls gehabt hat. Spuren hiervon sind in den Quellen keineswegs ganz vereinzelt:

L. 11. § 4 Dig. de his qui notantur infam. 3. 2. erklärt, dass der Haussohn, welcher „jussu ejus, in cujus potestate erat" unter Verletzung des Trauerjahres seitens seiner Braut heirathet, der infamia nicht verfalle. — Diese Regel wird damit begründet, dass der filius familias ja nur dem „jussus" seines Gewalthabers gefolgt sei (nam et qui obtemperavit venia dignus est). Vergl. die Edictsworte in L. 1. § 1. eod. und L. 12., 13. pr. eod., welche denselben Gedanken aussprechen.

Da der Haussohn im Princip delictsfähig ist, so war er im gegebenen Falle in das Kreuzfeuer zweier sich entgegenwirkender Verpflichtungen gebracht — dem Verbot der Staatsgewalt und dem jussus des Vaters. — Ein solcher Conflict aber setzt voraus, dass grundsätzlich dem „jussus" eine gleichartige psychische Wirkung zukam, wie der Vorschrift des Praetors, — d. h. dass er Befehl war.

Indessen bleibt die Verletzung der prätorischen Satzung keineswegs ungeahndet.

Die Rechtswirkung jener in Folge des jussus begangenen Uebertretung trifft eben den Vater.

Der jussus war im gegebenen Falle ertheilt auf dem Gebiete der Eheschliessung d. h. innerhalb einer Sphäre, wo der Vater schrankenlos befehlen durfte, der Haussohn aber zu gehorchen hatte — pr. Inst. de nupt. I. 10. — Daraus erklärt

sich dann die Befreiung des Sohnes und der Uebergang der Verantwortung auf den Vater.

Reichte dagegen die auf Grund eines solchen Befehles begangene Handlung über die der potestas gesteckten Gränzen hinaus, so erwies sich dann der jussus als völlig bedeutungslos und der Thäter hatte selbst die im Gesetze bestimmten Folgen zu tragen, wie solches bei facinora atrocia der Fall war.

> cf. L. 17. § 7. Dig. de injuriis et fam. libellis 47. 10. („nec in omnia servus domino parere debet.") Vergl. ebenso L. 20. Dig. de obl. et act. 44. 7.

Wer aber den jussus des Gewalthabers grundsätzlich nur als Befehl auffassen will, muss seine Betrachtungen hiermit einstellen, nach dieser Richtung hin erscheint der Horizont als begränzt und weiteres Material für seine Ansicht wird er in den Quellen nicht finden.

2. In einer anderen Bedeutung tritt uns das jubere des Gewalthabers beim Antritt einer Erbschaft durch den Haussohn oder Sklaven entgegen.

Die Anwendung des jussus in diesem Sinne ist gewiss sehr alt.

Es mag eingeräumt werden, dass er ursprünglich in Gestalt eines Befehles, einer Weisung an den Gewaltunterworfenen vorkam, von der ihm gemachten Zuwendung nicht Abstand zu nehmen, damit dann dem Gewalthaber der ökonomische Effect der Erbschaft anheim falle. Gleichwohl rechtfertigt die Darstellung der Quellen eine solche Auffassung des jussus beim Erbschaftsantritt nicht mehr. Das Moment des Zwanges fällt hier ganz fort. cf. L. 3. § 2. Cod. de heredib. instit. 6. 24 — potuit enim quamvis jubente domino nolle adire. — Wenn ferner der jussus zum Antritt einer Erbschaft in der That die Kraft eines Befehles hätte, wie sollte da wohl über den Erwerb oder die Ausschlagung einer dem Haussohne deferirten hereditas zwischen Vater und Sohn Streit entstehen; und dennoch berücksichtigt Justinian eine solche Möglichkeit:

> L. 8. § 2. in fin. Cod. de bonis, quae liberis 6. 61. et haec quidem in his casibus observanda sunt, quibus discordia inter patrem et filium vertitur.

Wäre nicht ein Befehl oder Verbot des Gewalthabers ausreichend, um jede Meinungsverschiedenheit über den Antritt oder die Ausschlagung der Erbschaft im Keime zu ersticken?

Eine gewisse Verwandtschaft des jussus mit der tutorum auctoritas könnte hier freilich in dem rein äusserlichen Moment gefunden werden, dass die aditio hereditatis ohne den jussus nichtig war. Die weitere Wirkung indessen gestaltet sich in beiden Fällen grundverschieden, weil der Vater (und nicht der Haussohn) ausschliesslich Subject aller aus dem Antritt resultirenden Rechte wird, die Verbindlichkeiten aber neben dem Haussohn übernimmt.

Ganz ausgeschlossen ist hier beim jussus der Character einer Vollmacht, da diese sich nur auf solche Handlungen erstrecken kann, welche der Vollmachtgeber selbst vorzunehmen imstande ist und eben anstatt seiner vornehmen lässt. Nun konnte aber nach klassischem Recht der Vater selbst und allein eine dem filius familias deferirte Erbschaft nicht antreten.

3. Endlich hat Mandry den jussus als Ermächtigung bezeichnet d. h. „als Erlaubniss zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts, das der Handelnde für sich und in seiner Rechtssphäre vornimmt, das aber seine begriffsgemässe Wirkung nicht entfalten kann, ohne in den Rechtskreis eines Dritten mindernd oder belastend einzugreifen, und das deshalb ohne den Willen dieses Dritten nicht vorgenommen werden kann".[1])

Hiermit hat er, soweit der jussus im Zusammenhang mit der Erbschaftsantretung durch den Haussohn in Frage kommt, das Richtige getroffen.[2])

Eine innere, wenngleich äusserlich nicht wahrnehmbare Nebenbedeutung musste der juristische Character dieses jussus dadurch erhalten, dass der Haussohn eine selbständige Verpflichtungsfähigkeit besass.

Durch seinen Erbschaftsantritt konnte der filius familias zwar nicht für sich erwerben, aber einem Uebergang der Erbschaftsschulden auf ihn stand rechtlich durchaus nichts im Wege.

---

[1]) Mandry: „Das gemeine Familiengüterrecht." Tübingen 1876. — Band I. S. 104.

[2]) Mandry: a. a. O. Seite 105.

Der Vater wird somit in Folge des jussu suo erfolgten Antrittes der Erbschaft keineswegs alleiniger Schuldner der Erbschaftsgläubiger, sondern er tritt neben und mit seinem Sohne in die Verpflichtungen ein.

Practisch wird durch diesen Gesichtspunkt gewiss nichts geändert. Die Creditoren der Erbschaft richten ihre Forderungen eben dahin, wo die Activa der Erbschaft hingelangt sind. Bei seiner Vermögensunfähigkeit bot natürlich ein Haussohn auch weit geringere Aussicht auf Befriedigung als sein Gewalthaber.

So lange aber der filius familias vermögensunfähig blieb, konnte von einem Erbschaftsantritt durch ihn anders, als jussu patris, nicht wohl die Rede sein. Der Vater hätte ihm ja sonst sämmtliche Erbschaftsactiva entziehen können, während es den Erbschaftsgläubigern anheimgestellt wurde, sich mit dem Haussohne als Erben abzufinden.

Der jussus aber und seine Folgen gewährten die Sicherheit dafür, dass solches nicht geschehe. Durch den jussus bot der Gewalthaber implicite die Garantie, dass die Activa der Erbschaft ihren Gläubigern nicht entzogen werden sollten.

4. Eine weitere Stufe der Entwickelung des jussus bezeichnet die Einführung der prätorischen actiones adjecticiae qualitatis. Hier gelangt der selbständige Character der vom Haussohn übernommenen Verbindlichkeit klar zum Ausdruck. Der filius familias ist alleiniges Subject der hier in Frage kommenden Obligation. Letztere berührt den Gewalthaber gar nicht, nur eine actio wird gegen ihn hinzugefügt.[1])

Den Uebergang von jener latenten Garantiezusage des Vaters, wie sie uns beim Erbschaftserwerbe des Haussohnes entgegentrat, bis zu dem Character, welchen seine Haftung aus der actio quod jussu annimmt, vergegenwärtigen wir uns am deutlichsten, wenn die actio exercitoria und institoria zwar nicht historisch aber doch begrifflich als Zwischenglied gedacht wird. Allerdings kommt bei diesen Klagen nicht gerade

---

[1]) Diese scharfe Scheidung zwischen einer Oblig. des Haussohnes und Hausvaters tritt besonders hervor in L. 5. pr. Dig. quod jussu 15. 4.

ein jussus in Frage, aber das Garantieverhältniss kann auch hier nicht geleugnet werden.

Durch den Erbschaftsantritt des Haussohnes erwarb der Erbschaftsgläubiger ipso jure einen Anspruch gegen den Vater. Eine Anzeige an ihn, dass der jussus stattgefunden habe, war gänzlich überflüssig; denn ohne jussus des Gewalthabers konnte der Haussohn giltig nicht antreten.

Aehnlich verhielt es sich bei der actio exercitoria und institoria. Stand der Haussohn einem Gewerbebetriebe vor, oder war er Schiffsführer, so wusste jedermann, der mit ihm in dieser Eigenschaft contrahirte, dass er damit zugleich eine Klage gegen den Vater erwerbe. In der Anstellung — der praepositio des Haussohnes als magister navis oder institor lag implicite seine Legitimation jedem dritten Contrahenten gegenüber und, solange das Gegentheil nicht proscribirt war, eine stillschweigende Erklärung des Vaters für alle in obiger Eigenschaft vom filius familias eingegangenen Verbindlichkeiten mit zu haften. Dass der Vater hier in irgend welche directe Beziehung zum Contrahenten seines Haussohnes trat, war mithin ganz ebenso überflüssig, wie eine ausdrückliche Garantieübernahme den Gläubigern einer vom Haussohn angetretenen Erbschaft gegenüber.

Erheblich anders gestalten sich diese Beziehungen bei der actio quod jussu.

Hier handelt es sich nicht um Handlungen des Gewaltunterworfenen mit bestimmtem juristischen Character, wie beim Antritte einer Erbschaft, auch nicht um die Verwaltung eines im Voraus abgegränzten Geschäftskreises, wie bei der actio exercitoria und institoria.

Da vielmehr die Verpflichtungen des Haussohnes, aus welchen eine actio quod jussu gegen den Vater hervorgehen könnte, an sich ganz unbestimmt und unbegränzt sind, so ist es für denjenigen, welcher mit dem Haussohn contrahirt in der Absicht, damit zugleich eine actio quod jussu gegen den Gewalthaber zu gewinnen, unumgänglich, dass dieser ad hoc vom Vater ertheilte jussus zu seiner Kenntniss gelange.

Wir werden daher annehmen müssen, dass der jussus sich in der Richtung nach dem dritten Contrahenten hin äusserte.

Dieser kann dem ihm vom Haussohn angetragenen Rechtsgeschäft den Verpflichtungswillen des Vaters doch unmöglich ansehen, wie solches bei der vom Haussohn in seiner Eigenschaft als magister navis oder institor eingegangenen Verbindlichkeit allerdings der Fall ist.

So lange der jussus hier als ein Act erscheint, welcher sich nur zwischen Vater und Sohn abspielt, wie beim Erbschaftsantritt, und nach aussen hin nicht zum Ausdruck gelangt, ist er rechtlich ohne Bedeutung und vermag eine Verpflichtung ebensowenig zu erzeugen, wie der Wille zu haften, so lange er etwas rein Innerliches bleibt.

Der dritte Contrahent muss wissen, woran er ist, wenn er mit dem Haussohn einen Vertrag abschliesst. Den Vater aber kann er nur belangen, wenn ihm ein entsprechender Verpflichtungswille in rechtsverbindlicher Weise kundgeworden ist. Es erfolgt somit bei dem jussu patris vel domini abzuschliessenden Rechtsgeschäft seitens des Gewalthabers eine Aufforderung an den dritten Contrahenten, sich mit dem Gewaltunterworfenen einzulassen. Der Vater oder dominus erklärt derjenigen Person, mit welcher der in seiner potestas Stehende den Vertrag abschliessen soll etwa mündlich vor Zeugen, brieflich, durch einen Boten oder sogleich beim Abschlusse des betreffenden Vertrages, dass sie auf seine Gefahr hin mit dem Haussohn oder Sklaven contrahiren könne (L. 1. § 1. D. quod jussu 15. 4).

Die hier hervorgehobene Richtung des jussus nach dem dritten Contrahenten hin ist in neuerer Zeit so entschieden behauptet und so überzeugend nachgewiesen worden, die Zahl der hierauf deutenden Quellenzeugnisse ist so erheblich[1]), dass es wohl kaum mehr gelingen dürfte, dieser Auffassung mit Erfolg entgegenzutreten.

[1]) Das sprechen unzweideutig aus L. 1. § 1. L. 1. §§ 8. 9. L. 2 pr. § 1. L. 3—4. L. 5. § 1. Dig. quod jussu 15. 4, ferner §§ 1. 5. 8. Inst. quod cum eo IV. 7. L. 9 (8). Cod. quod cum eo 4. 26 und L. 13. § 2. Cod. eod. u. a. m. Sehr deutlich betont diese Eigenthümlichkeit des jussus L. 12. Dig. de sen. cons. Maced. 14. 6. Von ältern Schriftstellern ist hierfür besonders eingetreten Cujacius Commentar z. Tit. Cod. IV. 26. Von neuern Kritz: Pandectenrecht I. S. 465 u. ff. Schmid: Archiv f. civil. Praxis Band 29. S. 123 u. ff. Pernice: Labeo I. S. 505 und R. Leonhard: „Der Irrthum bei nichtigen Verträgen". Berlin 1883. Band II. S. 356.

Die wenigen Argumente, welche auf eine Richtung des jussus nach dem Gewaltunterworfenen schliessen lassen, fallen dem gegenüber schwerlich ins Gewicht. Auch den Ausführungen jener Schriftsteller, welche den jussus ausschliesslich dem Haussohn ertheilt sehn wollen[1]), oder derjenigen, die doch jedenfalls dem an den Haussohn allein gerichteten jussus die Kraft beimessen, selbständig eine Verbindlichkeit des Hausvaters zu erzeugen[2]), ist es m. E. nicht gelungen, die Stellung des dritten Contrahenten zur Haftung des Gewalthabers beim Abschlusse des Rechtsgeschäfts anschaulich zu machen. Dieses Verhältniss wird nicht geklärt gleichviel, ob man den jussus einen Befehl nennt (Glueck, Thibaut)[3]) oder eine Vollmacht (Sintenis, Unterholzner), ob man von einer Ermächtigung spricht (Mandry, Drechsler) oder mit Chambon annimmt, „dass der Gewalthaber durch den jussus hinsichtlich des Haussohnes Bestimmungen treffe."

Freilich wird kaum bestritten werden können, dass in Uebereinstimmung mit der älteren beim Antritt einer Erbschaft durch den Haussohn geübten Praxis, der Vater auch bei Vertragsabschlüssen des Haussohnes diesem eine Weisung oder Ermächtigung ertheilte und ihn dann gleichzeitig in Stand setzte, sich dem dritten Contrahenten gegenüber dadurch zu legitimiren, dass er Letzterem den Verpflichtungswillen des Gewalthabers mittheilte. In einem solchen Falle übergab eben der Sklave oder Haussohn seine Empfehlung selbst, indem er etwa einen Brief des Vaters beibrachte, als nuntius fungirte oder auch einen vom Vater od. dominus mit unterzeichneten Schuldschein vorwies.[4])

---

[1]) Stryk: „Continuatio altera usus modern. pandectarum" Lib. 15. tit. 4. § 2. Halae 1745. Glueck: Commentar Bd. XIV. S. 423 ff. Hugo: „Lehrbuch eines civilist. Cursus" Berlin 1820. Bd. III. § 246. S. 460. Zimmern: „Geschichte des röm. Privatrechts" Heidelberg 1826. Bd. I. Abth. II. S. 944.

[2]) Vangerow: „Lehrbuch der Pandecten" I. § 240. Chambon: „Beiträge zum Obligationenrecht" Bd. I. S. 210 ff. Mandry: „Das gemeine Familiengüterrecht" II. S. 555 ff. Drechsler: „Die actio quod jussu". Habilitationsschrift. Würzburg 1877. S. 60.

[3]) Thibaut: „Archiv f. civilist. Praxis". Bd. 12. S. 180 ff. Sintenis: „Civilrecht" Bd. II. § 102. Unterholzner: „Schuldverhältnisse" Bd. I. § 196.

[4]) L. 1. § 1 u. § 4. Dig. quod jussu 15. 4. Etwa nach Art eines in-

Dieses Verfahren mag namentlich in den Fällen Platz gegriffen haben, wenn der Vater selbst ein Vermögensinteresse am Abschlusse des Vertrages hatte. Wofern also Mandry den jussus — abgesehen von seiner Anwendung beim Erbschaftsantritte — in diesem ganz beschränkten Sinne eine Ermächtigung (oder besser gesagt Weisung) genannt hätte, liesse sich dagegen schwerlich etwas einwenden.

Entscheidend für die rechtliche Wirkung des jussus in der actio quod jussu ist aber die vom Gewalthaber an den dritten Contrahenten mittelbar oder unmittelbar ergangene Willenserklärung. Die letzten Zweifel hierüber beseitigt endgiltig:

> L. 7. Dig. quod cum eo 14. 5. Scaevola libro primo responsorum. „Pater filio *permisit* mutuam pecuniam accipere et per epistulam creditori *mandavit*[1]), ut ei crederet: — — —

dossirten Wechsels. Die von Chambon — a. a. O. Bd. I. S. 213. — über diese Quellenstelle geäusserten Bedenken sind ganz grundlos. Vergl. L. 65. pr. Dig. de adquir. rer. dom. 41. 1, welche die Uebergabe des Empfehlungsbriefes an den Empfohlenen selbst hervorhebt. Dem Gewaltunterworfenen wird der jussus direct ertheilt laut L. 2. Dig. quod cum eo 14. 5. Diese Function tritt noch stärker hervor in L. 7. pr. Cod. ad sen. cons. Maced. 4. 28: „Si filius familias citra patris jussionem vel mandatum vel voluntatem pecunias creditas acceperit . . .“ Hier hat die „jussio“ patris zunächst den Zweck einer eventuellen except. sen. cons. Maced. vorzubeugen. Durch seine Billigung giebt der Vater zu erkennen, dass kein Darlehn in mortem patris eingegangen sei. Eine Haftung des Vaters wird erst in zweiter Linie ins Auge gefasst. Desgleichen hat man auf die Autorität des Theophilus hingewiesen (Vangerow I. § 240. Anm. 1.): Theophilus Paraphrase § 1. IV. 7: Nam si (sc. servus) jussu domini mecum contraxerit, mihique obligatus fuerit, adversus ipsum dominum actionem habebo quod jussu“. — — — Auch diese Stelle wird im obigen Sinne zu erklären sein. Eine ausschlaggebende Bedeutung aber kann ihr um so weniger beigemessen werden, als Theophilus selbst an andern Orten die von mir oben betonte Richtung des jussus hervorhebt. § 5. IV. 7. lautet: — — „veluti contraxi cum servo tuo, neque tuo jussu neque illo praeposito negotiationi terrestri vel maritimae“; ebenso § 8. IV. 7.: Illud autem velut in summa scire debemus si jussu patris vel domini contractus cum eo qui in potestate est, celebratus fuerit — — —. Noch bestimmter drückt sich der griech. Text aus. Daselbst heisst es: „*κατὰ κέλευσιν σήν*“ — — — „secundum jussum tuum“ statt des matteren „tuo jussu“ und „jussu“ der lateinischen Ausgabe.

[1]) In der lex cit. steht freilich das Wort „mandavit“. Wir können

Der Vater äussert hier seinen Willen nach zwei Richtungen hin. Dem Haussohn giebt er die Erlaubniss, ein Darlehn aufzunehmen, ermächtigt ihn hierzu nach Mandry's Auffassung. Gleichzeitig ertheilt er aber dem zukünftigen Gläubiger seines Sohnes den jussus, das Darlehn vorzustrecken.

Welcher unbefangene Leser der citirten Stelle wird auch nur den geringsten Zweifel darüber hegen, dass die Haftung des Vaters aus jenem dem dritten Contrahenten ertheilten Mandat resp. jussus stamme und jedenfalls doch nicht aus dem farblosen „permisit"?

Dieses Verhältniss scheint denn auch Drechsler nicht entgangen zu sein. Er sagt a. a. O. S. 60: „Wer ohne Kenntniss und ohne Rücksicht auf eine etwaige väterliche Ermächtigung mit einem Haussohne contrahirt, der kann und will bloss diesen sich verpflichten und bloss ihm Credit schenken. Wenn der dritte aber nur mit dem Sohne und bloss in Rücksicht auf dessen Person contrahirt hat, so kann er sich auch bloss an diesen und nicht auch an den Vater desselben halten."

Hiernach verlangt er gleichfalls, dass der Mitcontrahent des Sohnes im Hinblick auf den Vater unter Kenntniss und mit Zugrundelegung von dessen Willenserklärung den Vertrag eingehe. Nichtsdestoweniger ist Drechsler nach dem Vorgange von Mandry für die Ermächtigungstheorie eingetreten und eben diese Auffassung hat ihn dann dazu verleitet, zahlreichen Quellenzeugnissen[1]) über die Richtung des jussus eine Unbestimmtheit zu imputiren, die ihnen keineswegs innewohnt. Vielmehr gestattet keine einzige der von Drechsler angeführten Stellen darüber den geringsten Zweifel, dass in dem gegebenen Zusammenhange der jussus an den dritten Contrahenten, jedenfalls aber nicht an den Gewaltunterworfenen gerichtet wurde.

Wie Drechsler also selbst anerkennt, war die actio quod jussu undenkbar, wenn der dritte Contrahent nicht im Hinblick

---

indessen ohne Bedenken statt dessen auch „jussit" hinsetzen, nach der Analogie von L. 1. § 3. Dig. quod jussu 15. 4: „Sed etsi mandaverit pater dominusve, videtur jussisse".

[1]) So der L. 1. § 8. 9. L. 2. pr. § 1. 2. L. 3. L. 4. Dig. quod jussu 15. 4, ebenso auch § 1. Inst. quod cum eo IV. 7. — Drechsler a. a. O.

auf den jussus des Vaters den Vertrag eingegangen war. Dagegen können wir uns allerdings den Fall vorstellen, dass der Sohn sich aus freiem Antriebe verpflichtete, ohne hierzu durch irgend welche Willens- oder Meinungsäusserung des Vaters veranlasst worden zu sein, während Letzterer gleichzeitig durch jussus an den dritten Contrahenten diesem gegenüber die Garantie für das mit seinem Haussohn abzuschliessende Rechtsgeschäft übernahm. Solches konnte insbesondere dann zutreffen, wenn die actio quod jussu mit der actio de peculio concurrirte[1]), wenn also der Haussohn ein Rechtsgeschäft abschloss, welches zunächst ihn ganz allein anging.

Denn dass die actio quod jussu für Peculienschulden nur eine beschränkte Bedeutung gehabt habe, dafür ist bisher aus den Quellen auch nicht einmal der Schein eines Beweises erbracht worden.

Wenngleich nun das erste Auftreten des jussus und der actio quod jussu im Besonderen einer Zeit angehört, wo das Peculienwesen noch keinerlei Entwickelung aufwies, so ist doch späterhin niemals irgend eine Kategorie der vom Haussohn abzuschliessenden Rechtsgeschäfte von der Einwirkung des väterlichen jussus ausgenommen worden.

Unter der einen Voraussetzung des bestehenden Gewaltverhältnisses ist der jussus eben bei allen Rechtsgeschäften des Haussohnes zulässig[2]).

Dessen ungeachtet hat neuerdings Drechsler nach dem Vorgange von Wilhelm Mueller, Vangerow und Brinz[3])

---

[1]) § 5. Inst. quod cum eo IV. 7.

[2]) Darauf weisen hin L. 1. § 3. Dig. quod jussu 15. 4: Ulpian: „Sed et si mandaverit pater dominusve videtur jussisse" u. bes. L. 9. (8.) Cod. quod cum eo 4. 26. Impp. Dioclet. et Maxim.: „Si mandator pro filio tuo extitisti vel jussu tuo cum eo quem in *potestate tunc habuisti* contractum est, intellegis et sorti et usuris te parere oportere," — — — L. 10. § 2. Dig. de fidej. 46. 1: Ulp. — — et puto ad omnes contractus quod jussu etiam referri. — — — Diese Anschauung wird entschieden vertreten von Thibaut a. a. O. S. 185. Schmid a. a. O. S. 143. ff. Mandry a. a. O. Bd. II. S. 552. und insbesondere von Pernice Labeo. Bd. I. S. 514.

[3]) Wilhelm Mueller: „Civilistische Abhandlungen" N. IV. S. 366. Vangerow: „Lehrbuch der Pandecten" I. § 240. Anm. 2. Brinz: „Pan-

es wieder versucht, das Geltungsgebiet des jussus zu beschränken.

„Der jubens, so lehrt er, könne nur dazu ermächtigen, wozu er selbst die rechtliche Befugniss hat. Nun steht aber dem Vater über bona castrensia, quasi castrensia, adventicia regularia und irregularia keinerlei Dispositionsbefugniss zu. Er kann daher auch keine Ermächtigung zum Geschäftsabschluss in Betreff derselben ertheilen. Aeussert aber der Gewalthaber in Bezug auf dieses Sondergut einen jussus, so intercedirt er in fremde Vermögensangelegenheiten. Dieses ist aber nicht Aufgabe des jussus, vielmehr tritt hier die fidejussio in Kraft, welche nach L. 1. § 5. Dig. quod jussu 15. 4. voraussetzt, dass man als extraneus intervenire. Extraneus ist aber jede Person, welcher der Vermögensgegenstand des Geschäfts rechtlich nicht gehört und sei dieses auch der Vater oder dominus."

Zunächst ist die hier ausgeführte Darstellung der Beziehungen des extraneus zur fidejussio ganz offensichtlich falsch. Die fidejussio setzt keineswegs voraus, dass der fidejussor in dem Sinne extraneus sei, dass ihm die Vermögensgegenstände des Geschäfts, für welches er bürgt, „rechtlich nicht gehören".

Darüber lässt keinen Zweifel zu:

> L. 19. § 2. Dig. de institoria actione 14. 3. Papinianus: „Tabernae praepositus a patre filius mercium causa mutuam pecuniam accepit: pro eo pater fidejussit: etiam institoria ab eo petetur, cum acceptae pecuniae speciem fidejubendo negotio tabernae miscuerit".

Dass aber die durch einen institor, welcher eine taberna des Vaters verwaltet, abgeschlossenen Rechtsgeschäfte den Gewalthaber Nichts angehen und dass der Vater dem Geschäftskreise der taberna in dem von Drechsler bestimmten Sinne als extraneus gegenüberstehe, wird doch gewiss Niemand behaupten. Gleichwohl erscheint hier die fidejussio des Vaters als völlig statthaft.

Wenn demnach die Behauptung, dass eine Intercession

---

decten". 2. Auflage. Bd. II. S. 223 hat diese Anschauung zwar ausgesprochen, dabei aber eine Begründung derselben ganz unterlassen. Sintenis: „Das practische gemeine Civilrecht." 2. Aufl. Bd. II. § 102. Note 91. S. 379.

durch fidejussio seitens des Vaters nur bei den ihm materiell fremden Schulden des Gewaltunterworfenen zulässig sei[1]), sich als unhaltbar herausstellt, so steht es nicht besser mit der Annahme Drechslers, der jussus habe mit der Intercession nichts gemeinsam. Ganz im Gegentheil ist der jussus als Garantieversprechen überaus eng mit der Intercession verwandt, und seine nahe Berührung mit der fidejussio wird in den Quellen wiederholt hervorgehoben.

> Cf. L. 91. § 4. in fin. Dig. de verb. obl. 45. 1. Paulus: „Utique autem principalis debitor perpetuat obligationem: accessiones an perpetuent dubium est. Pomponio perpetuare placet: quare enim facto suo fidejussor suam obligationem tollat? cujus sententia vera est: itaque perpetuatur obligatio tam ipsorum quam successorum eorum. *Accessionibus* quoque suis, *id est fidejussoribus*, perpetuant obligationem, quia in totam causam spoponderunt. § 5. An filius familias, qui jussu patris promisit, occidendo servum producat patris obligationem, videndum est. Pomponius producere putat, scilicet *quasi accessionem intellegens eum qui jubeat*".

Hier werden fidejussio und jussus als „accessiones" einer Hauptobligation nebeneinander gestellt und ganz gleichartig beurtheilt.

Noch kräftiger betont den verwandten Character von jussus und fidejussio Julian:

> L. 2. pr. Dig. de donat. 39. 5: „Si cum filius familias pecuniam donare vellet, patris jussu eam promisit, valet donatio, perinde ac si fidejussorem dedisset."

Der Haussohn wollte aus eigenem Entschluss eine Schenkung machen und hatte zur Bekräftigung seines Schenkungsversprechens einen väterlichen jussus erwirkt. Diesem jussus misst Julian dieselbe Wirkung bei, wie der fidejussio. Die citirte Stelle ist auch in einer anderen Hinsicht interessant. Wir entnehmen hieraus, dass der filius familias, welcher im Begriff stand ein Rechtsgeschäft abzuschliessen, sich wie jeder

---

[1]) Drechsler a. a. O. S. 89.

andere Hauptschuldner mit dem Gesuch an den Vater wenden konnte, für ihn „per jussum“ zu intercediren[1]).

Auf die enge Verwandtschaft zwischen fidejussio und jussus weisen auch L. 9. (8.) Cod. quod cum eo 4. 26. und L. 21. Dig. de administr. et periculo 26. 7. hin. Die zuletzt genannte Stelle braucht sogar den Ausdruck „intercedere“ für die Uebernahme der Haftung aus dem jussus. Gleichwohl lege ich hierauf nicht viel Gewicht, da, wie später nachgewiesen werden soll, manche Anzeichen diesen Satz als interpolirt erscheinen lassen.

Behalten wir die angeführten Quellenzeugnisse im Auge, dann gewinnt auch die L. 25. Dig. ad sen. cons. Vellej. 16. 1, welche vorzugsweise als Argument für eine Beschränkung des jussus auf materiell eigene Rechtsgeschäfte des Vaters in's Feld geführt wird, eine wesentlich andere Bedeutung.

Die Stelle lautet:

> Modestinus: „Si domina servo suo credi jusserit, actione honoraria tenetur. § 1. Quod si pro eo fidejusserit, exceptione senatus consulti Vellejani judicio conventa adversus creditorem tueri se poterit, nisi pro suo negotio hoc fecerit“.

Während die oben besprochenen Fragmente fidejussio und jussus mehr von derjenigen Seite, wo sie Uebereinstimmungen aufweisen, beleuchten und ihre gleichartigen Wirkungen besprechen, hat L. 25. cit. die Aufgabe, im Gegensatz hierzu eine wesentliche, principielle Abweichung beider Institute hervorzuheben. Da der jussus als ein Garantieversprechen in Frage kommt, so sah sich Modestinus hier, gleich wie Africanus bei der indemnitatis promissio[2]), veranlasst, die Bedeutung des senatus consultum Vellejanum für dieses Institut einer Erörterung zu unterziehen. Nun kommt die Rechtswohlthat des senatus consultum überall da in Fortfall, wo die Intercession nicht den Character einer Haftung für fremde Schuld trägt, sondern wo es sich wesentlich um eine eigene Verbindlichkeit

[1]) Schon Brinz hat daher, freilich ohne seine Gedanken näher zu begründen, jedoch mit richtigem Tact den jussus „etwas Bürgschaftsartiges“ genannt. Cf. Lehrbuch der Pandecten. 2. Aufl. Bd. II. S. 222. Note 32.

[2]) Siehe oben S. 9.

der Frau handelt. Zum Begriff des jussus gehört es aber, dass der zwischen dem Gewalthaber und dem dritten Contrahenten begründeten actio nicht bloss materiell, sondern auch formell dieselbe Obligation zu Grunde liege, wie diejenige, welche zwischen dem Dritten und dem Haussohn resp. Sklaven zu Stande kam. Der jussus macht also die Obligation des Gewaltunterworfenen nothwendig zu einer eigenen des Jubenten. Die Haftung aus dem jussus fiel ihrem Wesen nach somit recht eigentlich unter die Ausnahmen, welche man vom senatus consultum Vellejanum statuirte, gleichwie die in L. 19. eod. tit. von Africanus besprochenen Garantieverträge. Es kommt hinzu, dass der materielle Inhalt der von Sklaven abgeschlossenen Verträge ja nur das Vermögen des Gewalthabers betreffen kann. Ich halte es daher für zweifellos, dass in diesem Zusammenhange von Haussöhnen mit ihrem peculium castrense oder adventicium gar nicht die Rede sein konnte. Gleichwohl dürfen wir nicht vergessen, dass die Vorschrift des senatus consultum Vellejanum stets die materielle Beziehung der Frau zu der fraglichen Obligation in's Auge fasst. Man wird daher keineswegs annehmen dürfen, dass, wenn ein jussus der mulier vorliegt die exceptio senatus consulti Vellejani nun jedenfalls nicht vorgeschützt werden könne. Nur um den regelmässigen Character des jussus handelt es sich hier, um seine gewöhnlichen Wirkungen, die in dubio anzunehmen sind. Hat daher ein Sklave, welcher zwar im Eigenthum einer Frau jedoch im usus fructus eines Dritten steht für den Letzteren ein Darlehn aufgenommen, und überdies von seiner Herrin einen jussus beigebracht, so wird dem Gläubiger, falls er gegen die domina die actio quod jussu anstellen sollte, ohne Zweifel die exceptio senatus consulti entgegengestellt werden dürfen. Mit gutem Grund, weil es sich hier trotz des jussus um eine der Frau materiell fremde Schuld handelt.

Im Gegensatz hierzu ist die fidejussio regelmässig Intercession für materiell fremde Schuldverhältnisse, die exceptio senatus consulti Vellejani greift bei ihr im Zweifel stets Platz. Wegen dieser principiellen Unterschiede also wird hier wie auch in L. 1. § 5. Dig. quod jussu 15. 4. vor einer Verwechslung beider Institute gewarnt.

Ich meine, dass diese Erklärung der L. 25. cit. am besten dem Zusammenhang und dem Rahmen desjenigen Titels entspricht, in welchem sie steht.

Die hier betonte Wirkung der actio quod jussu ist eben in jenen besonderen Verhältnissen zu suchen, wonach die verschiedenen actiones gegen den Jubenten und Gewaltunterworfenen sich stets nur auf eine und dieselbe Obligation stützen, welche formell somit als eine eigene Obligation des Jubenten erscheint und auch materiell seinem Geschäftskreise, sofern namentlich Sklaven contrahiren, anzugehören pflegt. Unter keinen Umständen darf aber hieraus gefolgert werden, dass der jussus sich nun auf materiell eigene negotia des Gewalthabers nothwendig beschränken müsse. Es ist unbegreiflich, dass man aus dieser einzigen Stelle, welche überdies, wie wir gesehen haben, nur vom Vertrage des Sklaven und mit keinem Worte vom Haussohn spricht, so tiefgreifende Consequenzen ziehen konnte, wie die oben erwähnte Ausschliessung des jussus bei Rechtsgeschäften, welche das peculium castrense und adventicium betreffen[1]).

Freilich wenn man von dem Satze ausgeht, der jussus sei eine Ermächtigung des Haussohnes zum contrahiren, so wird man eben unausbleiblich dazu gedrängt, ihm jenen beschränkten Spielraum anzuweisen. — In dieser willkürlich construirten Prämisse liegt dann auch zugleich das vorzüglichste Argument jener erwähnten, irrthümlichen Meinung, für welche sich in den Quellen Belege nicht finden lassen.

Aber auch dem castrense peculium steht der Vater keineswegs als extraneus gegenüber. — Selbst Justinian, der die wirthschaftliche Unabhängigkeit des Haussohnes doch auf das höchste Maass brachte, gestattet in L. 8. § 2. Cod. de bonis quae liberis 6. 61. dem Vater den Antritt einer ex castrensibus occasionibus dem filius familias miles deferirten Erbschaft, welche Letzterer ausgeschlagen hatte — quasi ipse pater ab initio fuisset heres institutus.

[1]) Auch Vangerow a. a. O. I. § 240. Anm. 2. glaubte die L. 1. § 5. Dig. quod jussu u. die L. 25. Dig. ad sen. cons. Vellej. nur unter der Voraussetzung gehörig erklären zu können, dass der jussus sich auf materiell eigene negotia des Gewalthabers beschränke. Ich finde dieses Bedenken unbegründet, da mir die oben angegebene Lösung als die natürlichste erscheint.

Wäre das wohl bei einem extraneus in dem von Drechsler und anderen vertretenen Sinne möglich? Die väterliche Gewalt und ihre Wirkungen bilden eben die einzige Erklärung für diese Erscheinung und nicht minder auch für die Zulässigkeit einer gleichmässigen Ausdehnung des jussus auf alle Rechtsgeschäfte, welche der Haussohn abschliesst ohne jede Rücksicht darauf, ob dieselben dem Gewalthaber materiell fremd sind oder nicht.

Schliesslich haben Vangerow und Mandry[1]), um ihre Ansicht, dass der actio quod jussu ein dem Gewaltunterworfenen ertheilter Befehl (resp. eine Ermächtigung) zu Grunde liege, zu stützen, auf die innere Verwandtschaft hingewiesen, welche die Quellen zwischen der actio quod jussu und der actio institoria und exercitoria hervorheben. Daraus hat dann Mandry auf eine principielle Gleichartigkeit des jussus mit der praepositio geschlossen. Diese Parallele ist zweifellos zulässig, indessen wird sie weit zutreffender nach einer anderen, als der von Mandry eingeschlagenen und von Drechsler beibehaltenen Richtung verfolgt werden können.

Anstatt den jussus wie eine ad hoc vorgenommene praepositio zu beurtheilen, werden wir unser Augenmerk darauf richten müssen, dass die Ernennung zum institor — wie bereits erwähnt wurde — concludent eine Aufforderung an jederman ergehen lässt, mit dem Haussohne oder Sclaven zu contrahiren, und damit zugleich eine Zusage des Gewalthabers umschliesst, mit der actio institoria oder exercitoria zu haften, wofern nur der fragliche Vertrag innerhalb des durch die praepositio festgesetzten Geschäftskreises abgeschlossen sein sollte.

Denselben Gedanken spricht Theophilus aus:

> Paraphrase liber IV. tit. 7. § 8.: „Sed et qui exercitoriam vel institoriam actionem habet, condictionem adversus patrem vel dominum instituere potest, quia *jussu ejus* cum eo qui in potestate erat, contractum

---

[1]) Vangerow: „Lehrbuch der Pandecten." I. § 240. Anm. 1. Mandry: „Das gemeine Familiengüterrecht." II. S. 567. ff.

fuit: diximus enim in superioribus[1]), eum qui aliquem terrestri vel maritimae negotiationi praeponit, *omnibus praedicere videri*, ut *secure* cum praeposito alienae potestatis homine contrahant."

Es lässt sich daher in dem hier vertretenen Sinne sehr wohl sagen, der dritte Contrahent habe mit dem institor oder exercitor „quasi jussu patris oder domini" contrahirt und ebenso, dass sowohl der actio quod jussu als auch der actio institoria „eadem ratio" zu Grunde liege.

Aber trotz dieser einseitigen Aehnlichkeit nimmt eben die verpflichtende Willenserklärung des Gewalthabers bei der praepositio eine ganz andere Richtung als beim jussus. Erstere ist in der That eine Ermächtigung des Haussohnes oder Sclaven zur Leitung eines bestimmten dem pater oder dominus gehörigen Geschäftsunternehmens, nicht so der jussus, welcher in erster Linie ein an den dritten Contrahenten gerichtetes Garantieversprechen ist[2]).

[1]) d. h. in § 2 eod. Vergleiche den griech. Text: „*ὁ γὰρ προϊστῶν τινα, δοκεῖ λαμπρᾷ λέγειν τῇ φωνῇ, ὅτι ἐγὼ τοῦτον προέστησα ὁ βουλόμενος αὐτῷ συναλλαττέτω.*"

[2]) Man prüfe doch nur die von Mandry gegebene Definition der Ermächtigung speciell in ihrer Anwendung auf den jussus, wie er in der actio quod jussu zu Tage tritt. „Ermächtigung", sagt Mandry (a. a. O. S. 105.) „ist die Erlaubniss zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts, das der Handelnde für sich und in seiner Sphäre vornimmt" — — — schon dieser erste Satz erweist sich hier als unanwendbar, da der Haussohn das fragliche Rechtsgeschäft, im Hinblick auf welches der jussus erfolgte, auch für den Gewalthaber allein — nicht für sich und innerhalb der Rechtssphäre des Gewalthabers — nicht innerhalb der seinigen vornehmen kann. (Das ist von Mandry selbst anerkannt worden a. a. O. pag. 553.) „Dieses Rechtsgeschäft", fährt Mandry fort, „kann seine begriffsmässige Wirkung nicht entfalten, ohne in den Rechtskreis eines Dritten (hier des Gewalthabers) mindernd oder belastend einzugreifen und das deshalb ohne den Willen des Dritten nicht vorgenommen werden kann." — Auch dieses trifft hier nicht zu. Das Rechtsgeschäft des Gewaltunterworfenen kann, sofern wir natürlich von den Wirkungen des jussus selbst absehen, sehr wohl bestehen „ohne den Rechtskreis des Vaters auch nur im geringsten zu belasten", was namentlich dann zutrifft, wenn ein Haussohn „ex castrensibus occasionibus" contrahirt. Solche Verträge sind auch vom „Willen des Vaters ganz unabhängig", obwohl dessen ungeachtet sich ein jussus mit ihnen stets verbinden kann. Vergleiche damit L. 19. pr. Dig. de inst. act. 14. 3. Diese Lehre des Papinian wird dann weiter ange-

Diese grundsätzliche Abweichung beider Institute lässt sich äusserlich schon daraus erkennen, dass die actio institoria keineswegs mit der actio quod jussu in dem bekannten „edictum triplex" zusammengestellt ist, vielmehr eine selbständige Behandlung gefunden hat. — L. 1. § 1. Dig. de pec. 15. 1.

Auch Papinian hat jene Verschiedenheit in der Willensrichtung beim jussus und der praepositio betont:

> L. 30. pr. Dig. de neg. gest. 3. 5. Liberto vel amico mandavit pecuniam accipere mutuam: cujus litteras creditor secutus contraxit et fidejussor intervenit: etiamsi pecunia non sit in rem ejus versa, tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio creditori vel fidejussori, scilicet *ad exemplum institoriae actionis?*

Wäre der jussus in der That nur eine Ermächtigung zum contrahiren, läge es da nicht weit näher, für den angeführten Thatbestand eine „actio ad exemplum quod jussu actionis" auch für Verträge mit Gewaltfreien zu befürworten? War doch die actio quod jussu für jedes einzelne selbständige Rechtsgeschäft ohne Weiteres verwerthbar, während bei der actio institoria zuvor das begrifflich mit ihr verbundene Erforderniss der Zugehörigkeit des fraglichen Rechtsverhältnisses zu einem bestimmten Geschäftskreise abgestreift werden musste.

Papinian hatte indessen guten Grund im gegebenen Falle von der actio quod jussu abzusehen. Eben weil sie keine Ermächtigung voraussetzte und nur dann Platz griff, wenn der Verpflichtungswille dem dritten Contrahenten erklärt war, liess sie sich mit dem vorliegenden Thatbestand in keiner Weise verbinden.

Freilich hat auch der jussus in seiner Eigenschaft als formloses Garantieversprechen zum Vorbild für Verträge mit Gewaltfreien gedient. Nach dieser Richtung fand er aber seine Fortbildung im Mandat, welches, wie später gezeigt werden soll, erhebliche practische Vorzüge vor ihm genoss[1]).

---

wandt durch Ulpian in L. 10. § 5. Dig. mand. 17. 1. u. L. 13. § 25. Dig. de act. empti vend. 19. 1. sowie durch Paulus L. 16. Dig. de inst. act. 14. 3.

[1]) Vgl. hiermit die näheren Ausführungen am Schlusse dieses Abschnittes.

Diese grundsätzliche Verschiedenheit zwischen praepositio und jussus hebt in dem hier vertretenen Sinne auch Cujacius — Comment. z. Cod. liber IV. tit. 26. — hervor:

> „Si pater *jubeat filium* accipere mutuam pecuniam pater tenetur utili actione institoria, et cessat quod jussu. — Sed si pater *jubeat creditorem* dare filio pecuniam, tunc competit solum actio quod jussu: *cum pater loquitur cum creditore ipso.*"

Ebenso deutet die in den Quellen betonte Scheidung zwischen jussus und fidejussio auf etwas ganz Anderes hin als Mandry annimmt[1]). „Wäre der jussus Verpflichtungserklärung", lautet seine Begründung, „so würde er inhaltlich mit der fidejussio zusammenfallen: Sätze, die sich für letztere um der Tendenz und des Inhaltes des Geschäftes willen gebildet haben, könnten deshalb nicht für ersteren verworfen werden."

Die von Mandry zur Unterstützung seiner Anschauung angeführte L. 1. § 5. Dig. quod jussu 15. 4. lautet:

> Ulpian: „Quid ergo, si fidejusserit pro servo? ait Marcellus non teneri quod jussu: quasi extraneus enim intervenit: neque hoc dicit ideo, quod tenetur ex causa fidejussionis, sed quia aliud est jubere, aliud fidejubere: denique idem scribit, etsi inutiliter fidejusserit, tamen eum non obligari quasi jusserit, quae sententia verior est."

Wollten wir bei Beurtheilung der citirten Stelle von der Mandry'schen Ermächtigungstheorie ausgehen, welche Veranlassung läge alsdann vor, einer Verwechselung des jussus mit der fidejussio entgegenzutreten, wie solches Marcellus und nach ihm Ulpian ganz zweifellos thun? — Die äussere Verschiedenheit beider Institute wäre geradezu von der Art, dass sich etwas Gemeinsames überhaupt kaum herausfinden liesse.

Denn während der fidejussio ein Vertrag mit dem Gläubiger zu Grunde liegt, ist ja nach Mandry der jussus die Ertheilung einer Ermächtigung an den Haussohn, welcher Schuldner werden soll, sich zu verpflichten. — Damit nähme ja die Willensäusserung des Gewalthabers in beiden Fällen grundsätzlich eine verschiedene Richtung. Es ist doch sonst gewiss

[1]) a. a. O. II. S. 568 ff.

nicht die Art der Quellen vor der Verwechselung ganz ungleichartiger Begriffe müssig zu warnen und offensichtliche Gegensätze noch zu betonen.

Denken wir uns dagegen den jussus als eine an den dritten Contrahenten gerichtete Garantiezusage, so tritt dann freilich zwischen ihm und der fidejussio eine starke Aehnlichkeit zu Tage, und es rechtfertigt sich die Besorgniss, dass aus dem einen Rechtsverhältnisse geklagt werden möchte, während doch das andere vorliegt.

Die in L. 1. § 5. Dig. cit. hervorgehobene Scheidung beider Institute oder vielmehr der Klagen aus denselben hat einen, wie ich bereits früher andeutete, rein formalen Grund.

Die fidejussio wurde in Stipulationsform abgeschlossen. Sie erzeugte für den fidejussor eine selbständige Obligation mit accessorischem Character. In der formula der sich hieran knüpfenden actio figurirte von Anfang bis zum Ende als Schuldner nur der fidejussor.

Ganz anders verhält es sich dagegen mit der Haftung aus dem jussus. Diesem liegt kein Vertrag geschweige denn eine stipulatio zu Grunde. Er ist ein formloses einseitiges Versprechen und erzeugt nur eine actio honoraria. Für den Jubenten wird eine selbständige Obligation nicht begründet. Sein Versprechen hat nur die Wirkung, dass zu der mit dem Haussohn abgeschlossenen Obligation noch eine zweite actio gegen ihn hinzutritt. Im Gegensatz zu dieser Stellung des Jubenten lässt sich allerdings der fidejussor in seinem Verhältnisse zum Hauptschuldner als „quasi extraneus" bezeichnen.

In der formula der actio quod jussu nahm man daher auch nur auf die vom Haussohn eingegangene Verbindlichkeit Bezug und richtete jene zunächst hiernach ein, während der Gewalthaber erst in der condemnatio hervortrat[1]).

[1]) Was die Construction der formula betrifft, so sehe ich mich genöthigt in dieser Frage auf die Seite Mandry's zu treten, a. a. O. II. S. 255. und ff. Wir werden allerdings annehmen müssen, dass die actio quod jussu in factum d. h. auf die Handlung der gewaltunterworfenen Person concipirt wurde, auch da wo die Verpflichtung selbst eine Formulirung der Klage in jus gefordert hätte. Anderer Meinung freilich sind Keller: Litiscontestation und Urtheil S. 4. 20. u. ff. und Lenel: Edictum perpetuum S. 222. Letztere Auffassung ist neuerdings

Es ist daher ganz selbstverständlich, dass, wenn jemand beim praetor eine formula gegen den Gewalthaber als fidejussor ausgewirkt hatte, der judex den Beklagten nicht schlechtweg aus dem jussus verurtheilen konnte, falls die fidejussio sich als nichtig erwies. Diese Frage musste auf Grund einer neuen formula selbständig geprüft und entschieden werden.

Die citirte Stelle erklärt einfach, dass eine unwirksame fidejussio durchaus nicht ohne Weiteres als jussus angesehen werden dürfe, da es sehr fraglich sein kann, ob die für einen giltigen jussus erforderlichen Momente trotzdem noch übrig bleiben. Ist z. B. eine fidejussio inutilis, weil sie im Vergleich mit der Hauptschuld auf plus oder in duriorem causam geht, so hinterlässt sie keineswegs die Voraussetzungen für einen rechtskräftigen jussus, da auch die actio quod jussu nicht auf etwas anderes gerichtet werden kann, als der Gewaltunterworfene schuldet.

Die Gränzen der actio quod jussu bemessen sich nach dem Umfange der ja auch ihr zu Grunde liegenden Obligation zwischen dem Kläger und dem filius familias resp. servus.

L. 25. Dig. ad sen. cons. Vellej. 16. 1., welche Mandry gleichfalls zur Unterstützung seiner Anschauung hinzugezogen hat, ist in unserem Sinne bereits an einer anderen Stelle in eingehender Weise besprochen worden[1]).

Selbst wenn wir also annehmen, dass der jussus eine Verpflichtungserklärung sei, und dass er als Garantieversprechen eine gleiche Tendenz habe, wie die fidejussio, so behält immer noch die in den citirten Quellenstellen zwischen beiden Instituten hervorgehobene Scheidung einen sehr guten Sinn.

Dass jussus und fidejussio dasselbe seien, ist eben auch niemals behauptet worden, es kommt nur Alles darauf an, worin man ihren Unterschied sucht. — Durch den Fortfall dieser formalen Verschiedenheiten, durch die gleiche Formlosigkeit der Aeusserung bei völliger Uebereinstimmung des juristischen Inhalts, tritt dann auch das Garantiemandat dem

---

vertheidigt worden von Alb. Kuester: „Ueber die actio quod jussu." Berlin. 1890.

[1]) Siehe oben S. 22. ff.

jussus um so vieles näher, als die fidejussio. cf. L. 1. § 3. Dig. quod jussu 15. 4.

Wenn ich daher auch Mandry darin gern beigestimmt habe, dass der jussus bei der hereditatis aditio Ermächtigung war, so kann ich doch diese Annahme als „Beweisargument“ [1]) dafür, dass der jussus im Zusammenhang mit der actio quod jussu durchaus dasselbe gewesen sei, nimmermehr gelten lassen.

Ich komme daher nochmals auf den am Beginne des Paragraphen aufgestellten Satz zurück, dass es eben grundsätzlich falsch ist, den jussus durch das ganze System unserer Rechtsquellen stets nur in einer und derselben Bedeutung aufzufassen.

II.

Ein gleiches Zusammentreffen von Empfehlung und Garantie haben wir uns in dem Falle zu denken, wo der Haussohn jussu patris mit der Führung einer Vormundschaft oder des Decurionenamtes betraut wurde. Dieses kann nicht anders erfolgt sein, als dass die competente Behörde vom Vater entweder ausdrückliche Erklärungen über die von ihm zu gewährende Haftung empfing, oder dass der Vater persönlich der Ernennung des Sohnes zum Decurio oder Vormunde beiwohnte und keinen Widerspruch gegen den amtlichen Act erhob. — Dadurch that er dann seinen Verpflichtungswillen stillschweigend kund.

> L. 2. pr. Dig. ad munic. et de incol. 50. 1. Ulpian: „Quotiens filius familias voluntate patris decurio creatur, universis muneribus, quae decurioni filio injunguntur, obstrictus est pater *quasi fidejussor* pro filio. Consensisse autem pater decurionatui filii videtur, si praesens nominationi non contradixit. Proinde quidquid in republica filius gessit, pater ut fidejussor praestabit.“ — cf. auch L. 1. Cod. de fil. fam. 10. 62.

Jedenfalls aber lag der Grund jener Verpflichtung ex jussu gerade in der ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung, für die Gefahr zu haften — nicht in einer Ermächtigung des Haussohnes. Der Magistrat ernannte den Sohn *„periculo patris“*. cf. L. 4. pr. Cod. de fil. fam. 10. 62.

[1]) Mandry a. a. O. II. S. 567.

Die rechtliche Stellung des Vaters und ihre Wirkung weist demnach die engste Verwandtschaft auf mit der Verpflichtung eines Affirmators oder Nominators[1]), denn auch hier finden wir die Parallele mit dem fidejussor wieder, die beim Affirmator und Nominator bereits früher beobachtet wurde[2]).

1. Zunächst gestattet L. 21. Dig. de administr. et periculo 26. 7. keinen Zweifel darüber, dass es sich um ein Garantieversprechen, um eine Zusage voller Haftung für das „detrimentum muneris" von Seiten des Vaters handele. Die citirte Stelle lautet:

> Marcellus: „Lucius Titius Gajum Sejum filium familias testamento filio suo tutorem dedit: Gajus Sejus sciente et consentiente patre tutelam administravit: quaero, an defuncto Gajo Sejo actio tutelae adversus patrem ejus et in quantum competat.
>
> Marcellus respondit secundum ea quae proposita essent actione de peculio et de in rem verso patrem teneri: nec multum videri in hoc casu facere patris scientiam et consensum ad obligandum eum in solidum, nisi forte contutore vel alio quo volente eum facere suspectum intercessit et quasi in se periculum recepit."

Es hat also der Haussohn mit Wissen und unter Zustimmung des Gewalthabers die Führung einer testamentarischen Vormundschaft übernommen. Daraus entsteht die Frage: bietet dieser Umstand allein eine genügende Grundlage zur Anstellung der actio tutelae (quod jussu) auch gegen den Letzteren

Diejenigen, welche im jussus eine Ermächtigung des filius familias erblicken, werden sicher keinen Augenblick zögern, dem Vater die volle Haftung aus dem Verpflichtungsverhältnis des Haussohnes aufzuerlegen.

---

[1]) Den übereinstimmenden Character der Haftung des Vaters und des Nominators scheint auch L. 4. § 1. Cod. de fil. fam. 10. 62. auszusprechen: „Sane nominator, qui filium in potestate positum non consentiente patre ad munus devocavit, si tamen ex voluntate tua antea filius decurio factus non erat, detrimento muneris obligabitur."

[2]) L. 2. pr. Dig. 50. 1. cit. L. 1. Cod. de decur. 10. 32. „nam in hac parte vice fidejussoris pater accipitur." Vgl. auch oben S. 5. ff. und die daselbst citirten Stellen.

In der That wäre es kaum möglich, einen Unterschied zwischen diesem dem filius familias ertheilten Consens zum Abschluss eines Rechtsgeschäfts und der Ermächtigung hierzu herauszufinden.

Anders hingegen entscheidet Marcellus. Die Kenntniss des Vaters von der Uebernahme der Vormundschaft durch den Haussohn und seine Zustimmung sind keineswegs ausreichend, eine Verpflichtung des Gewalthabers zu erzeugen, so lange sie als Vorgänge erscheinen, welche sich nur zwischen Vater und Sohn abspielen. Die Gläubiger des Letzteren werden sich daher in solch einem Falle mit der ihnen durch die actio de peculio oder de in rem verso gebotenen Sicherheit begnügen müssen.

Dass Marcellus hier unter dem „obligare in solidum" eine Verpflichtung aus dem „jussus patris" begreift, welcher vor den Interessenten an der Administration der Vormundschaft erfolgte, darauf weist die Zusammenstellung der Haftung für das Ganze mit der actio de peculio und de in rem verso hin. Die Bezeichnung der actio quod jussu als judicium in solidum gegenüber den beiden anderen adjecticischen Klagen ist in den Quellen nicht selten.

> cf. L. 1. Dig. quod cum eo 14. 5. Gajus: „Sive enim *jussu* ejus, cujus in potestate sit, negotium gestum fuerit, *in solidum eo nomine judicium pollicetur*: sive non jussu, sed tamen in rem ejus versum fuerit, eatenus introducit actionem, quatenus in rem ejus versum fuerit: sive neutrum eorum sit, de peculio actionem constituit."

In demselben Sinne vergleiche

> L. 7. Dig. de tutelis 26. 1. § 5. Inst. quod cum eo IV. 7. Theophilus Paraphrase liber IV. tit. 7. § 1.: „Haec autem quod jussu actio in solidum habet condemnationem." Desgl. L. 1. Cod. quod cum eo 4. 26. u. a. m.

Am Schluss der besprochenen L. 21. Dig. 26. 7. heisst es dann:

> „nisi forte contutore vel alio quo volente eum facere suspectum intercessit et quasi in se periculum recepit."

Ich bin geneigt, diesen Nachsatz für interpolirt zu halten.

Abgesehen von den allgemeinen Bedenken, welche Eisele[1]) bezüglich der sog. „Nisisaetze" überhaupt geltend gemacht hat, scheint mir die ganze schlaffe Fassung der Periode zum Vorhergehenden durchaus nicht zu stimmen. Was soll neben „intercessit" das „quasi in se periculum recepit" bedeuten? Hat jemand intercedirt, so nimmt er eben jedes periculum auf sich und haftet doch nicht bloss „quasi"?

Gleichwohl wird ein innerer, materieller Widerspruch zwischen den Worten des Marcellus und dem erwähnten Zusatz nicht gefunden werden. Der Vater kann aus seiner Reserve heraustreten und das ganze periculum der vom Haussohne geführten Vormundschaft übernehmen. Das wird namentlich dann der Fall sein, wenn von aussen her die Geschäftsführung des Haussohnes verdächtigt wird. Bleibt der Letztere dennoch im Amt, so geschieht solches nur noch unter voller Garantie des Vaters, welcher dadurch in die bürgenähnliche Stellung eines Affirmators eintritt und somit freilich intercedirt[2]). Da aber hieraus nicht etwa eine besondere Bürgschaftsklage hervorgeht, sondern die gegen den Haussohn zustehende actio tutelae directa auch auf den Vater erstreckt wird, so kann hier nur ein jussus des Vaters in Frage kommen. Dasselbe sagt auch die Glosse ad leg. cit.: „non dico fidejubendo sed quasi fidejuberet, et si quod jussu."

2. Aehnlich gestaltete sich die Haftung des Vaters, wenn, wie bereits früher erwähnt wurde, der filius familias unter seiner Einwilligung ein öffentliches Amt, etwa das Decurionat, bekleidete. Hier wurde im Interesse der Commune, in Abweichung von der Führung einer Vormundschaft durch den Haussohn, eine die Haftung des Vaters verschärfende Bestimmung erlassen. Die Kaiser Severus und Antoninus verfügten nämlich, dass der Vater schon dann die Garantie für die Amtsführung seines Haussohnes übernehmen müsse, wenn er nicht

[1]) Eisele: „Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen"; in der Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abtheilung Band 10. S. 296. Die citirte Stelle hat Eisele übrigens nicht berücksichtigt.

[2]) cf. L. 4. in fin. Dig. de fidejussor. et nom. 27. 7. L. 11. § 1., L. 15. § 1. L. 17. § 15. Dig. ad munic. et de incol. 50. 1.

den Beweis erbringen kann, dass er jede Zustimmung abgelehnt habe.

> L. 1. Cod. de fil. fam. 10. 62.: „tunc enim consentiendo pater ad decurionatum obligatur, si filium in potestate habeat. *Consentire autem etiam is videtur,* qui *non testificatur dissentire* nominationi."

Immerhin ist es bezeichnend, dass einfaches Stillschweigen mit der Bedeutung ausdrücklicher Zustimmung bekleidet, und dass ein Beweis für das „dissentire" gefordert wird. Auch daraus ersieht man, dass es sich hier jedenfalls nicht um eine blosse Uebereinkunft zwischen Vater und Sohn handelte, sondern dass die Willenserklärung des Gewalthabers dem Interessenten gegenüber erfolgen musste; zumal nicht angenommen werden kann, dass Vater und Haussohn unter einander vor Zeugen — testificatur — verhandelten.

Das gleiche Princip vertritt auch

> L. 1. Cod. quod cum eo 4. 26.: „Cum filius familias tutor aut curator datur, pater tutelae vel negotiorum gestorum judicio de peculio et de in rem verso conveniendus est. Quod si voluntate ejus filius decurio sit creatus et a magistratibus tutor constitutus, pater in solidum satisfacere cogitur, cum id onus exemplo ceterorum munerum civilium inductum intellegatur."

Es werden hier im ersten Satz diejenigen Klagen aufgezählt, mit denen der Vater eventuell aus der vom Haussohn geführten Vormundschaft belangt werden könnte. Sodann wird die Haftung des Vaters in's Auge gefasst, welche vorliegt, wenn der Haussohn mit seiner „voluntas" in den Decurionenmagistrat eingetreten ist. Falls nämlich der gesammte Magistrat etwa in Folge von Fahrlässigkeit bei Ernennung eines Vormundes belangt wird, so steht der Vater für die ganze auf seinen Sohn entfallende Verantwortung ein. Da die L. 1. Cod. 4. 26. cit. ebenso wie die vorhin besprochene L. 1. Cod. 10. 62. von Severus und Antoninus stammt, so wäre es möglich, dass letztere Constitution älter ist, mithin auch schon in L. 1. Cod. 4. 26. eine stillschweigend erklärte „voluntas" gemeint sein könnte. Abgesehen hiervon wird aber jedenfalls ange-

nommen werden müssen, dass nach dem oben angeführten Wortlaute der citirten Stelle eine dem Magistrate gegenüber verlautbarte Willenserklärung gemeint ist und sicher keine Ermächtigung des Haussohnes.

3. Dem in L. 21. Dig. 26. 7. und cit. L. 1. Cod. 4. 26. cit. ausgesprochenen Grundsatze scheint zu widerstreiten:

> L. 7. Dig. de tutelis. 26. 1. Ulpian: „Si filius familias tutor a praetore datus sit, si quidem pater tutelam agnovit, in solidum debet teneri, si non adgnovit, dumtaxat de peculio. — Adgnovisse autem videtur, sive gessit sive gerenti filio consensit sive omnino attigit tutelam. — Unde cum quidam filio scripsisset, ut diligenter tutelam gereret, „cum scias", inquit, „periculum ad nos pertinere", dixi hunc quoque videri adgnovisse: plane si solum monuit filium, non videtur agnita."

Ulpian beschäftigt hier dieselbe Frage, welche Marcellus in L. 21. Dig. 26. 7. cit. erörterte.

Auch er stellt die auf das Ganze gerichtete actio quod jussu der actio de peculio gegenüber und erwägt dann die Voraussetzungen der Ersteren.

Die actio in solidum, lehrt er, kann auch dann angestellt werden, wenn ein „agnoscere" der Tutel des Haussohnes von Seiten des Gewalthabers erfolgt ist. — Ich meine, dass wir unter dieser „adgnitio" nichts anderes zu verstehen haben, als eine nachträgliche Anerkennung, eine Ratihabition der Tutelübernahme durch den Vater. Diese Genehmigung ist auch in dem erwähnten Zusammenhang durchaus zulässig und erzeugt eine actio quod jussu so gut, wie der vor Eingehung des Rechtsgeschäfts mit dem Haussohne ertheilte jussus:

> L. 1. § 6. Dig. quod jussu 15. 4. Ulpian: „Si ratum habuerit quis quod servus ejus gesserit vel filius, quod jussu actio in eos datur."

Wem gegenüber grundsätzlich das „agnoscere" zu erfolgen hatte, verschweigt Ulpian im Vordersatz. Für uns indessen kann es nicht zweifelhaft sein, dass die Genehmigung gegen denjenigen geäussert werden musste, der aus ihr den Anspruch erwerben sollte. Dieses an sich klare Verhältniss wird nun aber dadurch getrübt, dass Ulpian im stricten Widerspruch

zu Marcellus auch einen dem Haussohne gewährten Consens für eine genügende Grundlage der actio in solidum erklärt.

Den hierdurch hervorgerufenen Zwiespalt zu lösen, giebt es zwei Mittel.

Einmal liesse sich annehmen, dass Ulpian unter jener Zustimmung einen consensus im Sinne von L. 2. pr. Dig. 50. 1. cit. im Auge hatte, also eine Willensäusserung, welche nicht auf den Haussohn beschränkt blieb[1]).

Für weit wahrscheinlicher halte ich es aber, dass Ulpian im zweiten Satze nur die Mittel und Wege bespricht, wie der Beweis einer Haftpflicht des Vaters, falls eine solche nachträglich bestritten werden sollte, zu erbringen wäre.

„Adgnovisse videtur" d. h. eine Genehmigung scheint bereits früher ertheilt zu haben, oder eine bereits ertheilte Genehmigung scheint zuzugestehen derjenige, welcher die Vormundschaft selbst führt, sich mit ihr überhaupt befasst u. s. w. Jener Brief aber, in welchem der Vater seiner Haftpflicht als einer bereits bestehenden Erwähnung thut, kann nur die Bedeutung eines aussergerichtlichen Geständnisses, mithin eines Beweismittels, haben.

Denn, dass durch ein solches Schreiben, welches möglicherweise gar nicht zur Kenntniss der Gläubiger aus der Administration der Vormundschaft zu gelangen brauchte, diesen gegenüber eine Verbindlichkeit erst begründet werden sollte, ist schon nach allgemeinen Grundsätzen undenkbar[2]).

[1]) cf. L. 2. pr. Dig. ad munic. et de incol. 50. 1. Ulpian: — — „Consensisse autem pater decurionatui filii videtur, si praesens nominationi non contradixit", während Marcellus, welcher den consensus patris als Verpflichtungsgrund verwirft, ihn nur insofern berücksichtigt, als er ein ausschliesslich zwischen Vater und Sohn vorgenommener Act bleibt.

[2]) Wie ein solcher die Anerkennung einer vorhandenen Verpflichtung enthaltender Brief rechtlich zu behandeln sei, darüber vergl. L. 26. § 2. Dig. depositi 16. 3. Paulus: „Titius Semproniis salutem. Habere me a vobis auri pondo plus minus decem et discos duos, saccum signatum: ex quibus debetis mihi decem, quos apud Titium deposuistis: item quos Trophimati decem: item ex ratione patris vestri decem et quod excurrit." Quaero, *an ex hujusmodi scriptura aliqua obligatio nata sit*, scilicet quod ad solam pecuniae causam attinet. — Respondit ex epistula, de qua quaeritur, *obligationem* quidem *nullam* natam videri, sed *probationem* depositarum rerum impleri posse.

III.

Alle in den vorigen Abschnitten besprochenen Quellenzeugnisse gestatten darüber nicht den geringsten Zweifel, dass der jussus, insofern er die Basis der actio quod jussu bildete, nichts anderes gewesen ist, als eine Empfehlung mit gleichzeitiger Garantieübernahme seitens des Gewalthabers. Lag daher kein Garantieversprechen vor, dann hatte man es auch nicht mit einem jussus, sondern mit einer nuda commendatio zu thun:

> L. 13. Cod. quod cum eo 4. 26. Impp. Honorius et Theodosius: „Dominos ita constringi manifestum est *actione praetoria, quae appellatur quod jussu,* si certam numerari praeceperint servo actorive pecuniam. Igitur in perpetuum edictali lege sancimus, ut, qui servo colono conductori procuratori actorive possessionis pecuniam mutuam det, sciat dominos possessionum cultoresve terrarum obligari non posse. § 2. *Neque familiares epistulas, quibus homines plerumque commendant absentem,* in id trahere convenit, ut pecuniam, quam non rogatus fuerat, impendisse pro praediis mentiatur, cum, nisi specialiter ut pecuniam praestet a domino fuerit postulatus, idem dominus teneri non possit." § 3. „Creditaque quantitate multari volumus creditores, si hujusmodi personis non *jubente domino* nec *fidejussoribus* specialiter *acceptis* fuerit credita pecunia."

Eine solche nuda commendatio ohne bestimmte Garantiezusage wurde als jussus nicht behandelt und erzeugte eine Verpflichtung ganz ebensowenig, wie die schlichte Empfehlung eines Gewaltfreien:

> L. 12. § 12. Dig. mandati 17. 1. Ulpian: „Cum quidam talem epistulam scripsisset amico suo: ‚rogo te, commendatum habeas Sextilium Crescentem amicum meum', non obligabitur mandati, quia commendandi magis hominis quam mandandi causa scripta est."

Den letzten Zweifel am Garantiecharacter des jussus beseitigt schliesslich:

> L. 9. (8.) Cod. quod cum eo 4. 26. Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Diogenio: „Si *mandator*

pro filio tuo *extitisti* vel *jussu tuo* cum eo quem in potestate tunc habuisti contractum est, intellegis et sorti et usuris te parere oportere, si te his omnibus obligasti, ut res quae pignoris jure detinentur liberari possint."

Die angeführte constitutio besagt: Du hast Dich hinsichtlich einer Schuld Deines Sohnes verpflichtet und musst für dieselbe einstehen, und zwar als mandator oder kraft Deines jussus.

Letzterer kann natürlich nur dann in Frage kommen, wenn Dein Sohn zur Zeit des Vertragsabschlusses noch in Deiner väterlichen Gewalt stand — quem in potestate *tunc* habuisti.

Garantiemandat und jussus werden also einander völlig gleich gestellt und nach übereinstimmenden Grundsätzen behandelt. Da aber Ersteres sich stets an den Gläubiger richtete und in einer Aufforderung, das fragliche Rechtsgeschäft periculo mandatoris einzugehen, bestand, so geht hieraus mit Bestimmtheit hervor, dass ganz das Gleiche auch hinsichtlich des jussus galt — vorausgesetzt, dass ein Rechtsgeschäft des Gewaltunterworfenen vorlag und der Garant der Gewalthaber war. Buchstäblich denselben Gedanken finden wir in L. 1. § 3. Dig. quod jussu 15. 4. wieder, wo Ulpian sagt:

„Sed et si mandaverit pater dominusve, videtur jussisse."

Nur in dieser Gestalt konnte der jussus seinen unmittelbaren Zweck in der actio quod jussu erfüllen und seiner Bestimmung gemäss dem dritten Contrahenten die Gewähr dafür bieten, dass der Gewalthaber dem Haussohne nicht nur die zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit erforderlichen Mittel nicht entziehen, sondern sogar selbst für die Einhaltung der Verpflichtung haften werde.

In welcher äusseren Gestalt der Verpflichtungswille beim jussus hervortrat, mit welchen Worten er zum Ausdruck gelangte, darüber haben wir nur spärliche Nachrichten.

Indessen darf dieses Niemanden wundern, wenn wir berücksichtigen, dass eine bestimmte Form für die Ertheilung des jussus nicht vorgeschrieben war.

Da es sich hier somit um ein formloses Versprechen handelte, so dürfen wir allerdings annehmen, dass es entweder durch ausdrückliche Erklärung nach dem Vorbilde der indemnitatis promissio, also mit den Worten: „*cum Sticho servo meo negotium gere periculo meo*“ (L. 1. § 1. Dig. quod jussu 15. 4.) erfolgte oder auch stillschweigend, indem der Gewalthaber die Gränzen des mit seinem filius familias oder Sclaven abzuschliessenden Rechtsgeschäfts genau absteckte und dadurch seinem Verpflichtungswillen hinreichend deutlichen Ausdruck verlieh. L. 13. Cod. quod cum eo 4. 26. cit. vgl. auch L. 3. Dig. quod jussu 15. 4.

§ 3. Das mandatum tua tantum gratia und aliena tantum gratia — als Grundlage des Garantiemandats.

Bereits am Schlusse des vorigen Abschnittes habe ich Gelegenheit gefunden, die nahen Beziehungen hervorzuheben, welche zwischen dem jussus und dem Mandate zu Tage treten.

Die enge Verbindung, in welcher die Quellen beider Institute vielfach Erwähnung thun, hat der juristischen Litteratur schon von jeher Veranlassung gegeben, Vergleiche zwischen ihnen anzustellen — und es ist in der That überraschend, wie gleichartig die Resultate dieser Untersuchungen zu allen Zeiten ausgefallen sind[1]).

Mandat und jussus, so lautet in seltener Uebereinstimmung die Antwort, seien streng zu scheiden. Ersteres sei ein zweiseitiger, obligatorischer Contract, aus welchem eine directe Klage auf Erfüllung des übernommenen Auftrages entspringe — der jussus sei dagegen eine einseitige Anweisung, vermöge deren die Verpflichtung aus dem in Folge desselben vorgenommenen Geschäft den Jubenten unmittelbar treffe ohne Dazwischenkunft eines obligatorischen Contracts zwischen ihm

[1]) Stephanus (cf. Zachariae Suppl. Basilic. S. 253. Note 6.) v. Salpius: Die Novation und Delegation S. 50. Schmid: Archiv für civil. Praxis Bd. 29. S. 139—142. Chambon: Beiträge zum Obligationenrecht Bd. I. S. 240—247. Hier sind auch ältere Ansichten recht vollzählig angegeben.

und dem Angewiesenen. — Daraus folge dann ferner, dass der Jubent auf Ausführung des durch den jussus anempfohlenen Rechtsgeschäfts nicht klagen könne.

So zutreffend die hier wiedergegebene Auffassung des jussus nach einigen Richtungen auch ist, so fragt es sich andererseits dennoch, ob nicht die verschiedenen durch die Quellen uns überlieferten Erscheinungsformen des Mandats Gestaltungen aufweisen, welche die allernächste Verwandtschaft mit dem oben angegebenen Character des jussus erkennen lasssen.

Es wird festzustellen sein, ob es nicht Mandatsformen giebt, welche gleichfalls als einseitige Willenserklärungen ohne daraus resultirende Klage auf Erfüllung jener Anweisung erscheinen, und bei welchen die Bedeutung eines ultro citroque Klagen erzeugenden Consensualcontracts gänzlich in den Hintergrund tritt.

Die Grundlage einseitiger Garantieversprechen finden wir aber ganz offensichtlich im consilium oder mandatum tua tantum gratia und sodann im mandatum aliena tantum gratia, welches sich wiederum stark dem im jussus bereits beobachteten Element der commendatio oder Empfehlung nähert.

I.

Zunächst wird ein Unterschied zwischen dem mandatum tua tantum gratia und dem consilium begrifflich nicht anerkannt werden können. Ist es schon aus sachlichen Gründen unmöglich, in einem Auftrage, welchen ich jemandem nur in seinen eigenen Angelegenheiten ertheile, und welcher nur sein Bestes bezweckt, etwas Anderes zu erblicken, als einen Rath, so wird solches noch besonders bestätigt durch Zeugnisse der Quellen.

In ihren rechtlichen Folgen werden hier mandatum tua tantum gratia und consilium völlig gleichgestellt. Beiden wird grundsätzlich jede rechtliche Wirkung abgesprochen.

Vom mandatum tua tantum gratia heisst es schlechtweg, dass es ein Mandat jedenfalls nicht sei, und mithin „jam extra mandati formam“ liege. — L. 48. § 2. Dig. mandati 17. 1.

Gajus und nach seinem Vorgange Justinian[1]) erklären auf das Bestimmteste, dass, wenn ein Mandat nur zu Gunsten des Mandatars ertheilt werde, der Letztere, indem er demgemäss handele, ein Mandat im gewöhnlichen Sinne nicht erfülle.

Eine Weisung von dieser Art sei überflüssig — supervacua —, da der Angewiesene selbst wissen müsse, was ihm frommt. — „Cujus generis mandatum magis consilium est, quam mandatum et ob id non est obligatorium" — folgert Gajus. Ein Mandat also kann das mandatum tua gratia nicht genannt werden.

Will man nun nicht mit Hepp einen Mittelbegriff im sog. „consilium mandati" ins Leben rufen[2]), so kann man das mandatum tua gratia wohl nur dem consilium unterordnen, dem es thatsächlich durch die Quellen als begrifflich näher stehend bezeichnet wird.

In der That ist auch weder von älteren noch von neueren Schriftstellern Etwas vorgebracht worden, was diese Auffassung zu erschüttern vermöchte.

Neustetel[3]) hat eine Verschiedenheit zwischen dem consilium und mandatum tua tantum gratia an sich nicht entdecken können, eine Abweichung tritt nach seiner Ansicht vielmehr nur darin hervor, dass beide grundsätzlich jeder Rechtswirkung entbehrende Institute durch den Hinzutritt verschiedener Momente Verpflichtungen erzeugen. — „Das

[1]) Gajus III. 156. § 6. Inst. de mandato. III. 26. vgl. L. 2. § 6. Dig. mandati 17. 1.

[2]) Dieser Gedanke Hepp's — Archiv für civil. Praxis Bd. 11. S. 43. —, welcher sich bereits bei Mevius — Syntagma jurisprudentiae Georgii Adami Struve cum aditionibus Muelleri 1718. Exerc. XXII. lib. XVII. tit. I. mandati pag. 1434. — findet, beruht auf einer ganz unzulässigen Deutung des § 6. Inst. III. 26. cit. „cujus generis mandatum magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio mandati obligatur." — Diese Stelle ist so correct gefasst, dass man den Missgriff Hepp's, „mandati" zu „consilio" anstatt zu „obligatur" zu ziehen, kaum begreift.

[3]) „Ueber die Verbindlichkeit des Rathgebers und das mandatum in gratiam mandatarii" Archiv für civil. Praxis Bd. 2. S. 50.

giltige mandatum tua gratia wird nicht durch die aus dem Auftrage hervorgegangene Handlung des Mandatars giltig (giltig werden heisst nach Neustetel soviel, wie Rechtswirkungen erzeugen), sondern durch die Einwilligung, durch das Contrahiren der Parteien. — Ein solches Contrahiren enthält der Rath mit hinzugefügtem Versprechen der Schadloshaltung nicht. — Tritt jedoch die Acceptation des anderen Theils hinzu, so ist ein Vertrag auf bedingte Uebernahme der Gefahr eingegangen und nach den Grundsätzen über diese Verträge zu beurtheilen. — Bei den Römern konnte dann nun freilich ein solches Geschäft durch blossen Consens nicht vollgiltig gemacht werden, sondern hierzu wurde eine stipulatio gefordert."

Diese Unterscheidung scheint mir das Wesen der Sache gar nicht zu treffen.

An sich ist ja auch nach Neustetel's Meinung das reine mandatum tua gratia ganz ebensowenig rechtsverbindlich, wie das consilium. Damit also aus dem einen wie dem anderen ein klagbares Rechtsverhältniss werde, müsse ein weiterer Umstand hinzutreten in Gestalt einer besonderen Verabredung der Parteien, und hierin gelange eine Abweichung beider Institute zum Ausdruck. Denn, während beim mandatum tua gratia eine formlose Uebereinkunft der Parteien genüge, erfordere das consilium eine Garantieübernahme in Stipulationsform. Die Rechtswirkung werde somit in beiden Fällen erzeugt durch inhaltlich gleichartige, in der Form aber abweichende Verträge, welche zum consilium resp. mandatum tua gratia hinzutreten, ohne indessen ihr Wesen im geringsten zu berühren.

Aber auch diese angebliche Verschiedenheit in der Erzeugung von Rechtswirkungen bei beiden Instituten bestätigt sich in den Quellen keineswegs. Auch beim consilium kann eine Garantie neben der Stipulationsform durch formloses Mandat übernommen werden. — L. 19. pr. § 1. Dig. ad sen. cons. Vellej. 16. 1. cit.

Noch weniger überzeugend ist die von Thibaut[1]) geltend

[1]) „Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts." Bd. I. S. 120.

gemachte Ansicht: „In seinen rechtlichen Folgen", sagt er, „wird das mandatum tua gratia dem Rath gleichgeachtet, aber bei dem allen bleibt es dennoch im Wesentlichen, oder an sich ein Mandat d. h. ein Auftrag, wegen dessen sich derjenige, welcher denselben ertheilt, verantwortlich macht. — Er wird freilich nicht verantwortlich, aber immer ist hier doch das unverbindliche Mandat von dem blossen Rath unterschieden."

Wodurch wohl? möchte man fragen.

Auch Holzschuher[1]) hat geglaubt, beide Begriffe „zur Beseitigung von Verwirrungen" trennen zu müssen, ist aber in der Durchführung jener Absicht nicht glücklicher gewesen, als seine Vorgänger.

„Es sei nämlich keineswegs gesagt, dass es nicht doch auch ein Mandat, einen Auftrag zu Handlungen geben könne, welche im Rechtsgebiet des Beauftragten liegen und nur für ihn ein sichtliches Interesse haben."

Als Beispiel für ein solches klagbares mandatum tua tantum gratia, im Gegensatz zum stets unverbindlichen consilium, führt Holzschuher L. 32. Dig. mandati 17. 1. an, worin heute Niemand mehr ein mandatum tua tantum gratia erblicken wird. Nicht das „sichtliche Interesse", sondern das thatsächliche ist hierbei stets massgebend.

Während also Holzschuher dergestalt dem mandatum tua gratia die Klagbarkeit auch ohne Hinzutritt anderer Verpflichtungsmomente zuspricht, leugnet er eine solche ohne Ausnahme beim consilium, wofern Letzteres nicht dolos ertheilt sei, und eine besondere Verpflichtung zur Abgabe eines sachverständigen Rathes nicht vorliege. Dass ein consilium durch Hinzutritt eines Garantieversprechens klagbar werden könne, hat er ganz unberücksichtigt gelassen. Die Unterschiede, welche Holzschuher anführt, ergeben sich somit erst nach einer ganz willkürlichen Umgestaltung beider Begriffe.

Von anderer Seite hat man an dem Wortlaute der L. 2. § 6. Dig. mandati 17. 1. Anstoss genommen.

---

[1]) „Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts." 2. Auflage. Leipzig. 1858. Bd. III. S. 589. ff.

Weshalb, so meint Vangerow[1]), wählte der Jurist die Fassung: „cujus generis mandatum *magis* consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium" — wenn er eine völlige Gleichstellung, eine Identificirung beider Rechtsverhältnisse bezweckte? — Durch das „magis" werde vielmehr nur „eine auch unleugbar vorhandene, innere Verwandtschaft derselben angedeutet".

Mir erscheint diese Annahme als unbegründet.

Ist ein mandatum tua tantum gratia ertheilt worden, so unterscheidet sich ein solches äusserlich durch nichts von einem klagbaren mandatum.

Dadurch aber — so sagt der Jurist — dürfe man sich nicht täuschen lassen. Ein mandatum liege hier nur scheinbar vor, eigentlich und dem Wesen dieses Auftrages nach handele es sich um einen Rath. Letzterer Gesichtspunkt sei dann auch hinsichtlich der Rechtswirkungen des mandatum tua tantum gratia entscheidend. Als ein thatsächliches consilium erzeuge es keine Verbindlichkeit, da aus einem Rath diejenige Haftung, wie sie aus dem Mandatsvertrage folgt, nicht hervorgehen könne.

Auffallend ist es, dass auch die Quellen sich überall da einer ganz analogen Wortfassung bedienen, wo ein mandatum tua gratia und ein consilium in Frage kommen.

Man vergleiche § 6. Inst. de mandato III. 26.:

> „Tua gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandet, ut pecunias tuas *potius* in emptiones praediorum colloces, quam feneres"

mit L. 1. § 14. Dig. depositi 16. 3., welche eines Rathes Erwähnung thut:

> „si vero suaseris mihi, ut *magis* apud eum deponam." ....

Die beim mandatum tua gratia, wie beim consilium gleichmässig angewandten abschwächenden Worte „potius" oder „magis" sollen in beiden Fällen das Unverbindliche der ertheilten Weisung hervorheben, indem Letztere hierdurch gemildert und ihre Befolgung in das Ermessen des Mandatars bezw. Berathenen gestellt wird.

In demselben Sinne bezeichnet auch Ulpian den Mandator als suasor und affirmator.

[1]) „Lehrbuch der Pandecten." Bd. III. § 659. Anm. 4.

Diese principielle Gleichstellung des mandatum tua gratia und des consilium stimmt denn auch mit dem heute in der Wissenschaft und Gesetzgebung vertretenen Standpunkt überein[1]).

An und für sich wird also dem Rathe jede Rechtswirkung abgesprochen.

Gleichwohl können durch den Hinzutritt anderer, begrifflich ausserhalb liegender Umstände auch aus einem consilium klagbare Rechtsverhältnisse hervorgehen.

Nach dem Zeugniss der Quellen gehören dahin folgende Fälle:

1. Ist ein Rath dolos ertheilt worden, so entsteht hierdurch eine Forderung gegen den Ertheiler eines solchen, welche mit einer actio doli geltend gemacht wird. L. 47. pr. Dig. de reg. jur. 50. 17.

2 War der Rathgeber durch Vertrag oder kraft Amtspflicht zur Ertheilung eines sachverständigen Rathes verbunden, so ist es selbstverständlich, dass er hierbei für omnis culpa einsteht. Der rechtliche Grund jener Haftung ist aber keineswegs im consilium selbst zu suchen. Vielmehr liegt er in dem Abschluss des Vertrages oder jener Amtspflicht, als deren Erfüllung die Ertheilung des Rathes erscheint.

---

[1]) Von den älteren Schriftstellern hatte sich schon Lynker hierfür entschieden: „Disputatio inauguralis juridica de commendatione speciali." Jenae. 1693. Cap. I. tit. VIII.: „De mandati autem mandatarii tantum causa suscepti a commendatione nostra discrimine hic loci nihil dicere attinet, cum id, licet mandandi vocabulum intervenerit, verum consilium sit, et regulariter non obligatorium", ferner vgl. Arndt's: „Lehrbuch der Pandecten" § 291. Anm. 2. Windscheid: „Lehrbuch des Pandectenrechts." II. § 421. Anm. 21. Dernburg: „Pandecten." II. § 115. S. 302. Auch früher schon hatte diese Ansicht Vertreter in Schömann: „Handbuch des Civilrechts." II. S. 222. Sintenis: „Civilrecht." II. S. 565. Neuerdings ist sie wieder vertheidigt worden von Tewes: „Archiv für civil. Praxis." Bd. 51. S. 45. und von Antoine Feill: „Das mandatum tua gratia und die kaufmännische Empfehlung." Inaugur. Dissert. Kiel. 1878. Von Gesetzgebungen vgl. „Allg. Landrecht für die preuss. Staaten." Theil I. Titel 13. § 217. — „Sächsisches bürgerliches Gesetzbuch." Art. 1300. — „Liv-, Est- und Curländisches Privatrecht." Art. 4373, 4374.

3. Der Ertheiler eines Rathes ist haftbar, wenn er, sei es formal durch stipulatio, sei es formlos, versprochen hat, für die nachtheiligen Folgen seines Rathes einzustehen. Es ist dieses der Fall des sog. Garantieversprechens.

4. Aus der vielfach interpretirten L. 6. § 5. Dig. mand. 17. 1. hat dann die bisher herrschende Meinung einen weiteren Verpflichtungsgrund für die Ertheilung eines Rathschlages herleiten wollen.

Es wird nämlich behauptet, der Rathgeber sei auch in dem Falle durch seinen Rath gebunden, wenn der Berathene ohne das consilium die fragliche Handlung, welche ihn zu Schaden gebracht hat, gar nicht vorgenommen hätte[1]).

Diese Lehre ist in der Wissenschaft zu allen Zeiten mit den mannigfachsten Ergebnissen erörtert worden.

Am leichtesten kamen über die hier vorliegende Schwierigkeit hinweg diejenigen Schriftsteller, die wie Cocceji[2]) und Noodt[3]) den Wortlaut der Quellen einfach so hinnahmen, wie er ihnen geboten wurde, ohne jenen Satz auf seine innere Haltbarkeit zu prüfen.[4])

Lauterbach[5]) hat dann, offenbar in Anlehnung an den erwähnten Ausspruch Ulpian's, eine Scheidung zwischen dem

[1]) Diesen Verpflichtuugsgrund haben für das consilium geleugnet: Neustetel und Vangerow. — Die citirte lex schreibe solches nur vor für das mandatum tua gratia. — In diesem Umstande haben sie alsdann eine Verschiedenheit des mandatum tua gratia und des consilium entdecken wollen. Thibaut und Hepp, welche das mandatum tua gratia gleichfalls vom consilium unterscheiden, haben zwar eine analoge Anwendung jenes von Ulpian in L. 6. § 5. Dig. cit. aufgeführten Verpflichtungsgrundes auf das consilium zugelassen; ersterer aber ist dann wieder so weit gegangen, dass er selbst in den Fällen, wo ein Garantieversprechen des Rathgebers vorliegt, eine Verbindlichkeit des Letzteren nur insofern entstehen lässt, als zugleich auch der Nachweis geführt wird, der Berathene hätte ohne jenes consilium sich in die für ihn nachtheilige Lage nicht begeben. Für uns, die wir einen Unterschied zwischen mandatum tua tantum gratia und consilium grundsätzlich leugnen, hat diese Streitfrage gar keine Bedeutung.

[2]) Jus controvers. lib. XVII. tit. I. quaest. 8.

[3]) Probabil. lib. IV. cap. ult.

[4]) Ebenso auch Vinnius: Commentarius Institut. ad § 6. Inst. III. 26. S. 218. N. 4.

[5]) Bd. I. Disputatio LVII. „De consiliis eorumque jure." Cap. I. th. IV.

nudum consilium und non nudum vorgenommen. Letzteres sei klagbar und liege vor, wenn der Rathgeber durch heftiges Ueberreden den Widerstand des Berathenen gegen diese Beeinflussung breche und ihm keine Ruhe lasse, bis er den ihm ertheilten Rath befolge.

Diese Darstellung findet indessen in den Quellen keine Bestätigung.

Ganz denselben Standpunkt vertritt Frantzke[1]): „Hic consilii termini exceduntur, si reluctantem multijugis persuasionibus quasi urgeam.“ — Desgleichen Berger[2]): „Multis persuasionibus reluctantem urget“ — und Struve[3]).

Einen hiervon abweichenden Gesichtspunkt hat Donellus[4]) geltend gemacht. Er meint der Satz — „quia non aliter Titio credidisses quam si tibi mandatum esset“ — Gajus III. 156 und § 6. Inst. de mandato III. 26. — erkläre sich damit, dass hier ein genau bestimmtes mandatum tertii gratia in Frage komme, welches dann freilich eine Haftung des Mandators erzeuge. Mag nun diese Annahme für § 6. Inst. cit. auch zutreffen, so kann sie auf L. 6. § 5. Dig. mandati 17. 1. jedenfalls nicht erstreckt werden, da Ulpian hier ganz ausdrücklich von einem mandatum tua gratia spricht.

Aus diesen mannigfachen Deutungsversuchen entnehmen wir, dass den Juristen bei diesem Satze niemals recht wohl geworden ist. — In der That wird durch seinen Wortlaut in das Civilrecht ein Standpunkt hineingetragen, welcher, wo er sich zeigt, stets verbannt werden muss, zumal er mit dem Geiste des römischen Privatrechts ganz unvereinbar ist.

Characterlosigkeit und Willensschwäche, welche gewohnt sind, die Motive eigener Handlungen stets in fremder Beeinflussung zu suchen, dürfen auf Förderung im Privatrecht nicht rechnen. Niemand soll für eigene Einsichtslosigkeit und Unselbständigkeit Andere haftbar machen. Soweit das Rechts-

[1]) Jurisconsulti commentarius. Argentorati 1644 ad. Dig. lib. XVII. l. mandati vel contra S. 441.

[2]) Resolut. L. L. obstant lib. XVII. tit. I. quaest. 1.

[3]) „Syntagma jurisprudentiae“ Exerc. XXII. ad. tit. digest. mandati vel contra thes. VIII.

[4]) Commentar. de jure civili lib. XIII. Cap. X. in fin.

subject willens- und handlungsfähig ist, soll es auch selbst für die Folgen seines Thuns einstehen. Und wenn auch das Strafrecht die Anstiftung von der delictischen Seite berücksichtigt, so kann das Civilrecht — sofern das Moment des dolus fehlt — ihr in Vertragsverhältnissen unmöglich Raum geben.

Nicht einmal bei der Haftung ex lege Aquilia wurde der Anstifter belangt, wofern der Thäter ein homo liber war, dem Ersterer nichts zu befehlen hatte. L. 37. pr. Dig. ad leg. Aquil. 9. 2. Wie soll nun im Einklang hiermit eine Haftung aus dem an sich unverbindlichen Rathe hergeleitet werden? Dadurch, dass ein consilium auf den Berathenen rein subjectiv einen starken Einfluss ausübt, ist doch objectiv nichts hinzugetreten, wodurch der Rath seinen juristischen Character zu ändern vermöchte.

Ich ertheile dem A. das consilium, sein Grundstück zu verkaufen. Dasselbe rathe ich unter ganz denselben Verhältnissen dem B. In beiden Fällen erleiden sie durch die Veräusserung vermögensrechtliche Nachtheile. Da aber A. ein vorsichtiger Mann ist, der alles, was er thut, sich vorher selbst zu überlegen pflegt und daher auch im vorliegenden Falle nicht nur auf meinen Rath hin gehandelt hat, so soll er den Schaden allein tragen, während der willensschwache B. sich darauf berufen kann, dass er nie über etwas nachzudenken pflege und daher sich stets ganz und gar auf den guten Rath seiner Freunde verlasse.

Neuerdings hat Wächter[1]) diese Unebenheit zu beseitigen versucht: „Es kann nämlich sein" — so sagt er — „dass man Jemanden lediglich in seinem Interesse auffordert, etwas zu thun, die Aufforderung aber so gefasst ist, dass er nicht erkennen kann, ob sie lediglich in seinem Interesse oder auch, oder allein in unserem oder in dem eines Dritten geschah und er deshalb sie erfüllt; in einem solchen Falle muss man ihm für die nachtheiligen Folgen haften, weil man hier durch die Fassung der Aufforderung es sich selbst zuzuschreiben hat,

[1]) Waechter: „Pandecten." Leipzig. 1881. Band II. § 202. S. 450. 451.

wenn er ihr eine nicht bloss sein Interesse betreffende Beziehung gab."

Hiernach haftet also der Rathgeber nur insoweit, als er den Berathenen fahrlässig über die Verbindlichkeit seiner Willenserklärung täuschte. Damit wird die Schwierigkeit verdeckt, nicht aber gelöst.

Gründlich beseitigt kann sie nur werden, wenn wir die Quellen selbst auf ihren einschlägigen Inhalt prüfen.

Die L. 6. § 5. Dig. mandati 17. 1. lautet:

> Ulpian: „Plane si tibi mandavero quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit: aut, si non esses facturus, nisi ego mandassem, etsi mea non interfuit, tamen erit mandati actio."

Man sieht es dieser Stelle auf den ersten Blick an, dass sie zu kurz gefasst ist, dass sie einer näheren Begründung bedarf, welche der Jurist in diesem Zusammenhange nicht mitgetheilt hat. Zum besseren Verständniss sind deshalb andere Meinungsäusserungen, womöglich desselben Schriftstellers, heranzuziehen.

In directen Widerspruch mit obiger kurz gefassten Regel tritt aber die Entscheidung Ulpians, welche uns in L. 10. § 7. Dig. mandati 17. 1. mitgetheilt wird. — Hier heisst es:

> „Si quis ea, quae procurator suus et servi gerebant, *ita demum* rata esse mandavit, si interventu Sempronii gesta essent, et male pecunia credita sit, Sempronium, *qui nihil dolo* fecit, *non teneri.*
>
> Et est verum eum, qui non animo procuratoris intervenit, sed *affectionem amicalem promisit* in monendis procuratoribus et actoribus et in *regendis consilio, mandati non teneri,* sed si quid dolo fecerit, non mandati, sed magis de dolo teneri."

Der hier angeführte Fall liesse sich auch folgendermassen wiedergeben: Der Gutsbesitzer X. beabsichtigt, in der Stadt landwirthschaftliche Producte abzusetzen. Da er jedoch daran verhindert ist, die einschlägigen Geschäfte in eigener Person zu erledigen und er sich gezwungen sieht, hiermit seinen Gutsverwalter zu betrauen, so bittet er den in jener Stadt

lebenden Freund Z., seinen Verwalter in jeder Weise mit Rath zu unterstützen, — andernfalls werde er sich gezwungen sehen, von einer Anerkennung der fraglichen Geschäfte ganz abzustehen.

Der Freund erklärt ausdrücklich seine Bereitwilligkeit hierzu, und X. schärft demgemäss dem Verwalter ein, nichts ohne die Weisung des Z. zu unternehmen, insbesondere aber bei eventuellen Creditgewährungen ganz ausschliesslich nach dem Rath des Letzteren zu handeln.

In der Folge nun erleidet X. aus den dergestalt abgeschlossenen Creditgeschäften empfindliche Verluste.

Ohne Zweifel wird er jetzt als ein entschiedener Anhänger der in L. 6. § 5. Dig. mandati cit. aufgestellten Regel von Z. vollen Ersatz für den erlittenen Schaden beanspruchen. Mit Recht kann er geltend machen: er habe sich beim Abschluss resp. der Ratihabition jener Geschäfte ganz ausschliesslich von der Annahme leiten lassen, dass sie mit dem Rathe des Z. zu Stande gekommen seien; — ja er hätte gewiss nimmermehr seinen Gutsverwalter mit den Producten in die Stadt entsandt, wenn er nicht mit Sicherheit auf den ihm vorher zugesagten Rath gezählt hätte. Jene Rechtsgeschäfte sammt ihren schädlichen Folgen wären daher niemals entstanden, wofern nicht der Rath des Z. hinzugetreten wäre.

Obwohl nun alle diese Thatsachen wirklich auf Wahrheit beruhen, weist ihn gerade Ulpian, auf dessen Urtheil er sich in dieser Frage glaubte stützen zu können, ab.

Ein aus blosser Freundschaft ertheilter Rath verpflichte den Z. zu nichts, gleichviel, ob ohne seine Mitwirkung das Rechtsgeschäft zu Stande gekommen wäre oder nicht. Nur wofern er sich einer Arglist schuldig gemacht habe, könne er mit einer actio doli belangt werden.

Wie löst sich nun dieser Widerspruch in den Entscheidungen Ulpians?

L. 10. § 7. Dig. mandati cit. lässt über dasjenige, was Ulpian damit sagen wollte, keinen Zweifel zu. Ein präcise referirter Thatbestand wird hier unter genauer Angabe der Motive entschieden. Es wird daher für die — wie ich bereits oben bemerkte — all zu knapp gefasste L. 6. § 5. Dig. eod. cit. eine

Lösung resp. Ergänzung gefunden werden müssen. Wie er aber hier verstanden werden will, darüber ertheilt uns Ulpian selbst den erforderlichen Aufschluss. In L. 12. § 13. Dig. mandati 17. 1. sagt er:

> „Si quis mandaverit filio familias credendam pecuniam non contra senatus consultum accipienti, sed ex ea causa, ex qua de peculio vel de in rem verso vel quod jussu pater teneretur, erit licitum mandatum. — Hoc amplius dico, si, cum dubitarem, utrum contra senatus consultum acciperet an non, *nec essem daturus* contra senatus consultum accipienti, intercesserit qui diceret, non accipere contra senatus consultum, et *„periculo meo crede"*, dicat, *„bene credis"*: arbitror locum esse mandato et mandati eum teneri."

Der Thatbestand ist hier folgender: A. trägt Bedenken dem B. ein Darlehn vorzustrecken, weil er ihn für einen Haussohn hält. Zugleich ist er fest entschlossen, falls dem so sein sollte, mit dem B. nicht zu contrahiren und dem „contra senatus consultum accipiens" das mutuum nicht zu gewähren. Nun tritt C. mit der Erklärung dazwischen, das senatus consultum komme hier gar nicht in Frage, B. sei entweder gar nicht Haussohn, oder es liege ein Ausschliessungsgrund für die Einrede vor. Auch in diesem Falle wirkt die Erklärung des C. bestimmend auf den A. Es ist ausdrücklich bemerkt, dass jenes Darlehn ohne das Dazwischentreten des C. nicht zu Stande gekommen wäre. Gleichwohl werden wir auch hier annehmen dürfen, dass jene Versicherung des C. allein eine Haftung ebensowenig erzeugen konnte, wie die dem Gläubiger abgegebene Erklärung, der Schuldner sei zahlungsfähig [1]).

Die in diesem Fragment hervorgehobene Verpflichtung des C. ist eben ganz ausschliesslich auf die von ihm gebrauchten Worte — „periculo meo crede", „bene credis" — zurückzuführen. Die Grundlage seiner Verbindlichkeit bildet das Garantieversprechen, nicht aber der Umstand, dass A. ohne seinen Rath nicht contrahirt hätte.

Hat also jemand einen fremden Rath befolgt und beruft sich darauf, dass er ohne einen solchen nicht gehandelt hätte, so

[1]) cf. gleichfalls Ulpian in L. 7. § 10. Dig. de dolo malo. 4. 3.

kann er das mit rechtlicher Wirkung nur insofern thun, als der Rathgeber in irgend einer Form die Garantie für den guten Erfolg der von ihm angerathenen Handlung übernommen hat. Dieses Moment ist ganz allein massgebend. In dem gleichen Sinne wird daher auch L. 6. § 5. Dig. mandati 17. 1. cit. zu ergänzen sein, um den Widerspruch mit L. 10. § 7. Dig. eod. zu lösen.

Ist aber einmal die Haftung vom Rathgeber übernommen, so bleibt es dann wiederum ganz gleichgiltig, ob der Rath die einzige Veranlassung zum Abschluss des Rechtsgeschäfts war oder nicht.

Berufe ich mich also darauf, dass ich, nur durch den Rath einer anderen Person beeinflusst, gehandelt habe, so muss ich auf ein rechtserhebliches, äusseres Moment hinweisen können, welches objectiv dazu geeignet wäre, in mir etwaige Bedenken gegen die angerathene Handlung zu beseitigen. Diese Wirkung kann aber grundsätzlich einem blossen Rath niemals zukommen, dazu bedarf es vielmehr einer ausdrücklich oder concludent übernommenen Verpflichtung, für den guten Erfolg einzustehen:

> L. 32. Dig. mandati 17. 1. Julianus: „Si hereditatem *aliter* adituras *non* essem *quam cautum mihi fuisset damnum praestari* et hoc mandatum intercessisset, fore mandati actionem existimo." — Vgl. ebenso L. 19. pr. Dig. ad sen. cons. Vellej. 16. 1., L. 12. § 14. Dig. mandati 17. 1., ferner L. 24. Dig. de fidej. et mand. 46. 1.

Sobald wir hiervon ausgehen, finden wir auch den Schlüssel zu der mit L. 6. § 5. Dig. mandati 17. 1. inhaltlich übereinstimmenden Stelle bei Gajus III. 156. und § 6. in fin. Inst. de mandato. III. 26.:

> „Et adeo haec ita sunt, ut quaesitum sit, an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam fenerares: sed optinuit Sabini sententia obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses."

Dazu bemerkt Theophilus Paraphrase liber III. tit. 26. § 6.:

> „nam quia certam Titii personam proposui, ideo et obligor, *imitatus quodammodo fidejussorem*."

Der Verpflichtungsgrund besteht hier analog der Bürgschaft d. h. in einem Versprechen, für eine fremde Schuld zu haften. Es ist somit ganz zweifellos auch von Theophilus das obige Rechtsverhältniss vom Gesichtspunkte eines Garantievertrages beurtheilt worden. Der bestimmte Hinweis auf den Titius ist aber als einzige Ursache für die Klagbarkeit gewiss nicht ausreichend. Liegt doch eine mit genauer Personenangabe versehene Aufforderung auch in der unverbindlichen commendatio. cf. L. 7. § 10. Dig. de dolo malo. 4. 3. — L. 12. § 12. Dig. mandati 17. 1.

Freilich darf nicht verkannt werden, dass bei einem genau abgegränzten Rechtsgeschäft eine Garantiezusage sich weit eher voraussetzen lässt, als bei einem völlig unbestimmten Rathschlage.

Nach Lösung dieser Frage erledigen sich dann ganz von selbst die Bedenken, welche Vangerow[1]) gegen eine Verschmelzung des mandatum tua tantum gratia mit dem consilium hatte, da er den in L. 6. § 5. Dig. mandati 17. 1. cit. erwähnten, von uns aber verworfenen Verpflichtungsgrund nur auf das mandatum tua gratia beschränken zu müssen glaubte.

Als ebenso ungerechtfertigt erscheint die freilich schon vielfach bestrittene Meinung Thibaut's[2]), wonach ein dem consilium beigefügtes Garantieversprechen nur dann bindend sein solle, wenn zugleich der Empfänger des Rathes ohne diesen nicht gehandelt hätte.

Auch Tewes[3]), dessen Ausführungen im Allgemeinen gewiss zutreffend sind, hat es versucht, sich über die Schwierigkeiten der L. 6. § 5. Dig. cit. in wenig befriedigender Weise hinwegzuhelfen. Er meint: „hier sei ein mandatum tua gratia d. h. ein Rath zusammengewürfelt mit einem Rechtsverbindlichkeiten nach sich ziehenden Ersuchen (einer Beauftragung), welches ich an Dich richte hinsichtlich eines bestimmten Rechtsgeschäfts, welches Du mit einem Dritten abschliessen mögest."

[1]) a. a. O. S. 659. Anm. 4.

[2]) a. a. O. S. 120.

[3]) „Ueber die Haftverbindlichkeit aus ertheiltem Rath und aus der Empfehlung einer Person." Archiv für civil. Praxis. Bd. 51. S. 45. ff.

Unter jenem „rechtsverbindlich machenden Ersuchen" versteht Tewes dann nichts anderes als „ausdrückliche oder stillschweigende Uebernahme von Haftpflicht, Gefahr oder Kosten".

Obgleich er dann weiter der Meinung ist, dass es sich hier mit Wahrscheinlichkeit um ein consilium handele, so hält er dennoch gleichzeitig daran fest, dass jenes von ihm substituirte „Ersuchen" eine besondere Species des klagbaren Mandats sei.

Nach unserer obigen Darstellung können wir den Begriff „des Ersuchens" sehr wohl entbehren. Dass hier die Verpflichtung des Rathgebers aus einer Haftung für Gefahr und Kosten entspringe, hat Tewes sehr richtig herausgefühlt, und ich möchte glauben, er werde nach meiner Untersuchung über die wahre Willensmeinung des Gajus und Ulpian nicht zögern, mir darin beizustimmen, dass hier nichts anderes vorliegt, als ein consilium, an welches sich ein Garantieversprechen schliesst.

Bereits Schömann[1]) war daher durchaus auf dem rechten Wege, wenn er erklärte: „Verspricht der Rathgeber oder Mandant, wenn das gerathene oder mandirte Geschäft schlecht ausfallen sollte, Entschädigung, so liegt in diesem besonderen Versprechen eine nova causa obligandi. — Dieses Entschädigungsversprechen bindet den Promittenten ohne Anstand, und wie überall, so auch hier ohne Unterschied, ob es den Promissar zum Handeln eigentlich erst bewog oder nicht."

Thibaut[2]) freilich wendet ein, „er sei gerne bereit, diese Theorie anzunehmen, wofern dazu die Beweise beigebracht würden". — Mir scheint, das sei hier gelungen.

Ich hoffe in der That nachgewiesen zu haben, dass es ungerechtfertigt ist, aus den citirten Sentenzen des Gajus und Ulpian einen selbständigen Verpflichtungsgrund für das consilium herzuleiten, da solches weder dem Geiste des römischen Rechts, noch der wahren Willensmeinung der genannten Gewährsmänner entspricht.

[1]) Schömann: „Handbuch des Civilrechts." Bd. II. S. 222.
[2]) Thibaut a. a. O. S. 123.

Sehen wir also von einer Haftung ex dolo oder einer besondern amtlichen oder vertragsmässigen Verpflichtung zur Ertheilung guten Rathes ab, so erzeugt das mandatum tua tantum gratia oder das consilium eine Verbindlichkeit nur insofern, als es unter den Gesichtspunkt des Garantieversprechens fällt.

Es ist daher durchaus zu billigen, wenn in den neueren Lehrbüchern eine Haftung des Rathgebers aus dem Satze „si non esses facturus, nisi ego mandassem" nicht mehr hergeleitet wird[1]).

Neuerdings ist freilich der hier verworfenen Auffassung eine entschiedene Vertheidigung zu Theil geworden durch Heinrich Antoine-Feill[2]). Er geht aus von dem Satze des Lübischen Rechts Liber III. Titulus X. Art. I.:

> „Will jemand einem Fremden sein Gut nicht verkauffen, und ein ander stehet dabey und saget: Ihr möget es ihm wohl vertrauen, die Bezahlung wird euch wol; Wird der Verkäuffer von dem Käuffer nicht bezahlt, so muss derjenige zahlen, welcher den Frembden loben thät, dadurch der Verkäuffer verführet worden."

Nachdem er in deutschen Rechtsquellen sich vergeblich nach einer weiteren Bestätigung dieser Regel umgesehen hat, glaubt er, eine solche im römischen Recht gefunden zu haben und zwar in den Worten: „aut si non esses facturus, nisi ego mandassem"[3]).

Ich will dem Verfasser darin durchaus nicht widersprechen, dass obige Bestimmung des Lübischen Rechts aus deutschen

---

[1]) Dernburg — „Pandecten." Bd. II. § 115. Note 8. — supponirt hier schlechtweg ein „stillschweigendes Garantieversprechen". Die Entscheidung sei nur auf den Fall gemünzt, dass dem Rathgeber ausdrücklich vor der Ausführung erklärt wurde, dass man das Gerathene „nur mit Rücksicht auf seinen Rath thun werde". Wenn dazu der Rathgeber schweigt, so sei zu schliessen, dass er für den Erfolg seines Rathes einstehen wollte. Vgl. damit auch Windscheid: „Lehrbuch der Pandecten." Bd. II. § 412a. Note 21. und Arndts: „Lehrbuch der Pandecten." § 291. Anm. 2.

[2]) „Das mandatum tua gratia und die kaufmännische Empfehlung. Inaugur. Dissert. Kiel 1878.

[3]) a. a. O. S. 8. 21. ff. 33.

Quellen nicht geschöpft ist, sich vielmehr als recipirtes römisches Recht darstellt.

Jedenfalls aber ist es missverstandenes römisches Recht, welches hier zum Ausdruck gelangt, und daher de lege ferenda zu verwerfen. Uebrigens muss auch darauf hingewiesen werden, dass durch Aufnahme dieses Satzes unter die Verpflichtungsgründe der kaufmännischen Empfehlung der Verfasser in Widerspruch tritt zu allen von ihm in § 8. a. a. O. gegen eine übertriebene Ausdehnung der verpflichtenden Empfehlung geäusserten Bedenken.

Sehr verschieden wird die rechtliche Wirkung des Rathes in den neueren Gesetzgebungen behandelt.

Einig ist man im Allgemeinen darin, dass dolose oder von einem Sachverständigen in Ausübung einer Amts- oder Vertragspflicht ertheilter Rath unbedingt haftbar mache.

Dagegen hat der Satz, dass der „consilium dans" gebunden sei, wenn sein Rath das einzige Motiv zur Vornahme der fraglichen Handlung war, keine übereinstimmende Beurtheilung gefunden.

Für Beibehaltung dieses Verpflichtungsgrundes hat sich im Princip ausgesprochen: Das Badische Landrecht Art. 1381. a. e., indem es „denjenigen, welcher unaufgefordert Rath giebt und dessen Befolgung durch Zuspruch betreibt als Bürgen und Urheber der Handlung haften lässt".

Hiermit stellt sich das Badische Landrecht auf den in der Litteratur von Lauterbach, Frantzke, Berger und Struve vertretenen Standpunkt[1]).

Es erblickt in dem mit Zuspruch verbundenen Rath eine Art Anstiftung zum Contrahiren, eine unwiderstehliche Beeinflussung, die sich dem psychologischen Zwang zu nähern scheint.

Das Liv-, Est- und Curländische Privatrecht lässt sich dagegen ganz ausschliesslich von L. 6. § 5. Dig. mandati 17. 1. cit. leiten, da es in Art. 4416. statuirt:

> „Ausnahmsweise haftet der Rathgeber für den in Folge seines Rathes entstandenen Schaden, wenn er entweder in arglistiger Absicht einen schädlichen Rath

[1]) Siehe oben S. 47. 48.

ertheilte, oder wenn der Berathene nachweist, dass er ohne den ihm gegebenen Rath die in Frage kommende Handlung nicht vorgenommen haben würde."

Diese Fassung erscheint um so bedenklicher, als sie zu Consequenzen führen kann, die von dem Gesetzgeber offensichtlich nicht gewollt sind. Nach Art. 515. derselben Codification haftet der Geschlechtscurator, da er keine Vermögensverwaltung hat und zu keiner Rechenschaftsablegung verpflichtet ist, blos als Rathgeber.

Die ratio legis ist hier augenscheinlich, den Curator zu entlasten, ihn vor der strengeren Verantwortung des Vormundes zu sichern. Gerade aber dieser Zweck wird durch Beobachtung des Art. 4416. vereitelt. Hat sich die Jungfrau einmal unter Geschlechtscuratel begeben, so wird sie regelmässig ohne die Unterstützung ihres Rathsfreundes Rechtsgeschäfte auch nicht abschliessen. Es ist ihr somit in jedem einzelnen Falle die Möglichkeit gewährt, darauf hinzuweisen, „dass sie ohne den gegebenen Rath die in Frage kommende Handlung nicht vorgenommen haben würde". Dadurch ist denn das ganze Risiko der Geschäftsführung im Gegensatz zu Art. 515. auf den Curator abgewälzt.

Eine vermittelnde Stellung nimmt der Code civil ein. Art. 1382. daselbst lautet:

„Tout fait quelconque de l'homme, qui cause á autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé a le réparer."

Die weitere Ausdehnung des Begriffes „la faute" lässt jedenfalls die Annahme einer Haftung auch da zu, wo ein eigentlicher dolus mangelt. Es kann daher nicht weiter auffallen, wenn die gerichtliche Praxis Verpflichtungen nicht nur aus dem dolos ertheilten Rath entstehen lässt, sondern auch dann, „wenn die Auskunft der Art war, dass sie nothwendig den Anfragenden in einen Irrthum versetzen musste, und dass dieselbe in der That bestimmend für die den Kläger beschädigende Handlungsweise war"[1]). Diese Motivirung weicht durchaus

[1]) Urtheil des Appellhofes zu Brüssel vom 12. April 1869. Pasicrisie belge 1870. II. 134. „Zeitschrift für franz. Civilrecht", herausgegeben von Sigismund Puchelt. Mannheim und Strassburg 1875. Bd. 5. S. 16.

nicht vom stricten Wortlaut der L. 6. § 5. Dig. mandati 17. 1. ab.

Vollkommen übergangen haben diesen Verpflichtungsgrund des Rathes: das allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten, das sächsische bürgerliche Gesetzbuch, das österreichische bürgerliche Gesetzbuch. Letzteres lässt in § 1300. eine Haftung nur aus dem dolos oder durch Sachverständige ertheilten Rath hervorgehen. Auch im deutschen Handelsgesetzbuch ist dieser Haftung keine Erwähnung gethan und das Reichs-Oberhandelsgericht hat ausdrücklich dahin entschieden, dass § 6. Inst. de mandato. III. 26. und L. 6. § 5. Dig. mandati 17. 1. nur auf das Creditmandat zu beziehen seien [1]).

Es ist daher m. E. nur zu billigen, wenn der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich § 604. bloss dann eine Verpflichtung aus Rath oder Empfehlung anerkennt, wenn sie arglistig ertheilt waren, „sofern nicht aus einem Vertragsverhältnisse oder aus einer Amtspflicht eine weiter gehende Haftung sich ergiebt".

II.

In enger Verwandtschaft zum Rath steht die Empfehlung oder commendatio.

Letztere hat im Vergleich zum consilium ein specielleres Anwendungsgebiet.

Sie will nicht nur, den Empfänger zu einem gewissen Verhalten bewegen, seine Absicht soll hier vielmehr auf eine näher bezeichnete Person oder Sache gerichtet werden. Das Ziel der commendatio ist Annahme einer bestimmten Person als Contrahenten, der Abschluss eines Rechtsgeschäfts hinsichtlich einer gewissen Sache.

Die Empfehlung erhält somit zweifellos eine concretere Gestalt, als das consilium. Dagegen stehen sich in ihren Rechtswirkungen Rath und commendatio wieder gleich.

An sich unverbindlich [2]) kann auch die Empfehlung gleich

[1]) Entsch. des R. O. H. G. Band 19. S. 198.

[2]) Dieser Grundsatz hat im modernen Recht unbestritten Anerkennung gefunden. Die Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts

dem consilium durch Hinzutritt verpflichtender Momente von aussen her ein klagbares Rechtsverhältniss erzeugen.

Ebenso stimmen auch hinsichtlich dieser Verpflichtungsgründe beide Institute vollkommen überein.

Auch die Empfehlung erzeugt eine Haftung:

1. Wenn sie arglistig ertheilt wird, wobei den eigentlichen Klagegrund der dolus bildet:

> L. 8. Dig. de dolo malo. 4. 3. Gajus: „Quod si cum scires eum facultatibus labi, tui lucri gratia adfirmasti mihi idoneum esse, merito adversus te, cum mei decipiendi gratia alium falso laudasti, de dolo judicium dandum est". Desgl. L. 2. in fin. Dig. de proxeneticis. 50. 14.

Das gleiche Princip ist auch für das heutige Recht ganz allgemein anerkannt[1]).

2. Ebenso wird aus Empfehlungen eine Haftung überall da entstehen, wo sie auf Grund einer amtlichen oder vertragsmässigen Verpflichtung erfolgen[2]).

3. Wenn Schadloshaltung bezüglich aller Nachtheile zugesagt ist, welche sich aus der Befolgung der Empfehlung ergeben würden, mithin also ein Garantieversprechen vorliegt. Letzteres kann auch hier in gleicher Weise, wie beim consilium formal — durch stipulatio — oder formlos ertheilt werden.

Die bereits früher erwähnte Richtung der commendatio auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft, auf einen genau bezeichneten Contrahenten, der Mangel jedes eignen Interesses auf Seiten des Empfehlenden lässt sogleich eine Aehnlichkeit dieses Institutes mit dem mandatum aliena tantum gratia erkennen. Daraus ergiebt sich dann zwischen Letzterem und der Empfehlung

---

stellen den Satz auf „dass aus der Empfehlung nicht einmal ein Vertrag entstehe" Bd. 19. S. 198. u. Bd. 22. S. 121. Zugleich wird bestimmt, dass die Empfehlung unter Kaufleuten keine andere Wirkung habe, als unter anderen Personen. Vgl. die citirten Entscheidungen.

[1]) cf. Entsch. des R. O. H. G. Bd. 9. S. 152. Bd. 10. S. 403. Bd. 11. S. 411. Bd. 13. S. 176. Bd. 23. S. 155. Bd. 25. S. 347. Ja sogar die Haftung für culpa lata soll bei Ertheilung einer Empfehlung ausgeschlossen sein.

[2]) Eine solche Amtspflicht zur sorgsamen und umsichtigen Ertheilung von Empfehlungen statuirt das Reichs-Oberhandelsgericht für den Platzagenten: Entsch. des R. O. H. G. Bd. 22. S. 121. ff.

das gleiche Verhältniss, wie zwischen dem mandatum tua tantum gratia und dem Rathe.

Gegen obige Analogie könnte der Einwand erhoben werden, dass die Quellen das mandatum aliena gratia anstandslos für ein klagbares Rechtsinstitut erklären.

> Cf. § 3. Inst. de mandato. III. 26. L. 2. § 2. Dig. mandati 17. 1.

während der nuda commendatio jener Character abgesprochen wird.

> Cf. L. 7. § 10. Dig. de dolo malo. 4. 3. L. 12. § 12. Dig. mandati 17. 1. L. 2. Dig. de proxeneticis. 50. 14. L. 43. § 2. Cod. quod cum eo 4. 26.

Diese in den Quellen hervortretende Unterscheidung ist jedoch eine bloss scheinbare, nicht im Wesen der Sache begründete.

Zunächst stimmt das mandatum aliena gratia darin mit dem mandatum tua gratia überein, dass der Mandant keine actio mandati directa auf Ausführung des Mandats hat, da es sich hier um einen Vertrag zu Gunsten eines Dritten handelt und ihm jedes eigene Interesse an der Erfüllung mangelt.

Tritt also zum mandatum aliena gratia kein Garantieversprechen hinzu, gelangt der animus obligandi nicht darin zum Ausdruck, dass der Mandant die Haftung für einen guten Erfolg übernimmt, so wüsste ich nicht, wodurch sich ein solches mandatum aliena gratia von einer nuda commendatio unterschiede. Dieser Gesichtspunkt tritt auf's Bestimmteste hervor in L. 12. § 12. Dig. mandati 17. 1. Die Erklärung „commendatum habeas Sextilium Crescentem amicum meum" ist zu Gunsten eines Dritten abgegeben. Wollte man darin ein Mandat erblicken, so könnte es sich nur um ein mandatum aliena gratia handeln. Gleichwohl erklärt Ulpian:

> „Cum quidam talem epistulam scripsisset — — — *non obligabitur mandati,* quia commendandi magis hominis quam mandandi causa scripta est."

Weshalb nun, so könnte man fragen, tritt hier keine Verpflichtung aus einem klagbaren Mandat ein? Ich glaube, der Grund ist einzig und allein darin zu suchen, dass der Schreiber des fraglichen Briefes keineswegs gewillt ist, für den Ausgang aller mit dem Sextilius Crescens abzuschliessen-

den Rechtsgeschäfte zu haften, und weder ausdrücklich noch concludent sich in dieser Richtung gebunden hat. Durch diesen Mangel eines Garantieversprechens bleibt dann jenes mandatum aliena gratia klaglos d. h. eine nuda commendatio.

Man könnte darauf hinweisen, und das ist auch geschehen[1]), dass in dem erwähnten Falle eine Verpflichtung schon um dessentwillen nicht Platz greifen könne, weil ja keineswegs die Eingehung einer bestimmten Rechtsverbindlichkeit in's Auge gefasst wurde.

Hierbei übersieht man indessen, dass auch ein generell und ganz unbestimmt abgegebenes Garantieversprechen Verpflichtungen erzeugte, wofern nur darüber kein Zweifel vorlag, dass der Garant für den Ausgang aller etwa abzuschliessenden Rechtsgeschäfte wirklich haften wollte.

> Cf. L. 1. § 1. Dig. quod jussu. 15. 4. Ulpian: — — — „Jussum autem accipiendum est, — — — sive specialiter in uno contractu jusserit *sive generaliter:* et ideo et si sic contestatus sit: „Quod *voles* cum Sticho servo meo negotium gere periculo meo", videtur ad omnia jussisse, nisi certa lex aliquid prohibet".

Lag dagegen ein Rath oder eine Empfehlung, ein unverbindliches mandatum tua tantum gratia oder aliena tantum gratia vor, so konnte das rekommandirte Geschäft in allen seinen Einzelheiten noch so genau bestimmt sein, und erzeugte doch keine Verpflichtung, wenn weder ausdrücklich, noch auch concludent eine Garantie zugesagt worden war. Das spricht aus:

> L. 2. Dig. de proxeneticis. 50. 14. Ulpian: „Si proxeneta intervenerit faciendi nominis, ut multi solent, videamus an possit quasi mandator teneri. Et non puto teneri, quia hic monstrat magis nomen quam mandat, tametsi laudet nomen."

Es kann also der Makler noch so speciell auf die Einzelheiten des angepriesenen Rechtsgeschäfts eingehen, so haftet

---

[1]) Lauterbach: Bd. I. Disputatio. LVII. „De consiliis eorumque jure". Cap. IV. th. I. Lynker: „Dispututio inauguralis juridica de commendatione speciali." Cap. I. tit. IV. Besonders aber Nic. de Passeribus: „De scriptura privata". lib. III. quaest. 5. „de litteris commendaticiis".

er, selbst wenn ein solches nur in Folge seiner Bemühungen zu Stande kam, doch nicht für einen günstigen Ausgang, vorausgesetzt, dass er keine Garantie ausdrücklich übernommen hat. Vor der Annahme eines concludenten Garantieversprechens schützt ihn der gewerbsmässige Character seiner Anpreisungen.

Ohne den Hinzutritt eines äusseren verpflichtenden Moments ist demnach das mandatum aliena tantum gratia ganz ebenso wenig im Stande, eine Haftung zu erzeugen, wie das mandatum tua tantum gratia.

Eine grundsätzliche Gleichstellung beider Institute ist schon um dessentwillen unumgänglich, weil sie in unzähligen Fällen völlig zusammenfliessen, und jedenfalls dadurch, dass der Mandant an ihrer Ausführung kein Interesse hat, aus der Reihe der regelmässigen Mandatsformen ausscheiden.

Auch die Quellen haben sich unserer Beobachtung keineswegs verschliessen können, und mehrfach sehen wir, dass zur Erläuterung des mandatum tua gratia Garantieversprechen angeführt werden, welche sich eigentlich als mandata tertii gratia darstellen.

Cf. Gajus III. 156.[1]) § 6. Inst. de mandato. III. 26.

Man beachte doch, wie wenig scharf die in den Quellen für diese Arten des Mandats hervorgehobenen Beispiele einen specifischen Character beider Institute erkennen lassen. Ertheile ich dem Dahrlehnsgeber die Weisung, dem Titius das Geld verzinslich vorzustrecken, so soll das ein mandatum tua gratia sein, während es doch keineswegs ausgeschlossen ist, dass Titius am Zustandekommen selbst eines verzinslichen Darlehns weit mehr interessirt sein kann, als der Darlehnsgeber[2]).

Was die Verpflichtung in beiden Fällen erzeugt, ist das Garantieversprechen des Mandanten. Letzteres allein ist für den obligatorischen Character in allen erwähnten Fällen mass-

[1]) So wenigstens fasst Donellus den citirten § 6. Inst. III. 26. auf. Donellus: „De jure civili" Lib. XIII. Cap. X. in fin.

[2]) cf. § 5. Inst. de mandato. III. 26. L. 2. § 5. Dig. mandati 17. 1. wo das oben angeführte Rechtsgeschäft gewiss mit viel besserem Grunde als ein mandatum tua et aliena gratia bezeichnet wird. Aber auch der Fall wäre durchaus denkbar, dass es sich als ein mandatum aliena tantum gratia darstellte.

gebend, und jede weitere Scheidung ist, wie aus den angeführten Beispielen zur Genüge erhellt, eine Schulfrage ohne practische Bedeutung.

§ 4. Das Garantiemandat und die actio quod jussu.

Es ist bereits früher darauf hingewiesen worden, dass die Grundlage des formlosen Garantieversprechens per mandatum im jussus zu suchen sei.

In der That setzt die actio quod jussu, wie wir gesehen haben, die Uebernahme einer Garantieverpflichtung begrifflich voraus.

Aber auch in seinen anderen Bedeutungen nähert sich der jussus mehrfach dem Mandat. Mag er die Function eines Befehls haben, mag er uns wie beim Erbschaftsantritte des Gewaltunterworfenen im Gewande einer Ermächtigung erscheinen [1]), überall erweckt und gestattet er den Vergleich mit dem Mandat und in gewissen Richtungen, wie bei der Delegation, führt seine Entwickelung zur engsten Berührung mit der actio mandati.

Es ist andererseits doch sicher auch kein Zufall, dass wir dem Ausdruck jussus gerade dort in den Quellen begegnen, wo zweifellos nur ein Mandat gemeint sein konnte.

> L. 1. § 14. Dig. depositi 16. 3. L. 6. § 6. Dig. mandati 17. 1. L. 6. Dig. quod vi aut clam. 43. 24. L. 108. Dig. de solut. 46. 3.

Kann es unter diesen Umständen auffallen, dass man sich schlechthin des bildsamen und gefügigen Mandats bediente, um die Vorzüge des formlosen Garantievertrages auch auf andere, als mit Gewaltunterworfenen abgeschlossene Rechtsgeschäfte auszudehnen?

Ohnehin war beiden Instituten, dem jussus wie dem Mandat, vieles gemeinsam. — Beide wurden formlos ertheilt.

---

[1]) Vergleiche in diesem Zusammenhange insbesondere L. 25. §§ 5.—14. Dig. de adquir. vel omitt. hered. 29. 2., wo mandare und jubere in derselben Bedeutung promiscue gebraucht werden.

— Beide waren auf den Abschluss eines anderen Rechtsgeschäfts gerichtet.

Mandant und Jubent standen sich ferner darin gleich, dass sie vor Ausführung der Handlung, welche sie bezweckten, ihre Willenserklärung einseitig ohne jede Rechtswirkung zurückziehen durften[1]).

Sowohl Jubent als auch Mandant konnten verlangen, dass der dritte Contrahent resp. der Mandatar streng die ihm durch den jussus oder das Mandat gezogenen Gränzen einhalte. — L. 3. Dig. quod jussu. 15. 4., desgl. L. 5. § 1. Dig. mandati 17. 1.

Beide Institute, jussus wie Mandat, stimmen überein hinsichtlich der Wirkungen einer nachträglichen Ratihabition[2]).

Unter Abweichung vom Mandat im gewöhnlichen Sinne hat dann insbesondere das Garantiemandat mit dem jussus noch folgende Gleichheiten aufzuweisen:

Beide Institute setzen begrifflich ein ausdrücklich oder concludent abgegebenes Versprechen voraus, für den Ausgang des mit einer anderen Person abgeschlossenen Rechtsgeschäfts oder eines sonstigen selbständigen Unternehmens zu haften.

Bei beiden bildet die causa der Verpflichtung eine einseitige Zusage, ohne dass zugleich für den Garanten ein correspondirender Anspruch auf Ausführung desjenigen Rechtsgeschäfts begründet würde, auf welches sich seine Verpflichtung erstreckt. — Denn gleichwie der Jubent den dritten Contrahenten zur Eingehung des ihm anempfohlenen Vertrages nicht nöthigen kann, so ist auch dem Mandanten jede Möglichkeit benommen, auf Ausführung eines tua oder aliena gratia ertheilten Mandats zu klagen[3]).

Aber auch eine Haftung des Jubenten wie des Mandanten entsteht erst dann, wenn das von ihnen garantirte Unternehmen thatsächlich in Angriff genommen ist.

Bis dahin erzeugen ihre Versprechen keinerlei Verpflichtung,

[1]) L. 1. § 2. Dig. quod jussu. 15. 4. (vergl. damit auch die Wirkung der revocatio des jussus auf den Erbschaftsantritt des Gewaltunterworfenen L. 25. § 14. Dig. de adquir. vel omitt. hered. 29. 2.)

[2]) L. 1. § 6. Dig. quod jussu. 15. 4. Ueber die Ratihabition beim Antritt einer Erbschaft durch den Gewaltunterworfenen vgl. L. 6. § 1. Dig. de adquir. vel omitt. hered. 29. 2.

[3]) Siehe die näheren Ausführungen auf S. 72. ff.

was sich ja auch ganz unzweideutig im freien, einseitigen Widerrufsrecht ausspricht.

Hierzu kommt dann noch die äussere Uebereinstimmung, dass Jubent und Mandant ihren Verpflichtungswillen mit den gleichen Ausdrücken und Wendungen erklären wie „periculo meo crede“ etc.

Vgl. L. 1. § 1. Dig. quod jussu. 15. 4., desgl. L. 1. § 14. Dig. depositi 16. 3. L. 12. § 13. Dig. mandati 17. 1. u. a. m.

Dieses Verhältniss gelangt in den Quellen dadurch zum Ausdruck, das wir mehrfach die Bezeichnung mandatum antreffen, wo ganz zweifellos ein jussus gemeint ist:

cf. L. 7. Dig. quod cum eo 14. 5.[1]) und wohl auch umgekehrt L. 6. § 6. Dig. mandati 17. 1.

Es ist somit durchaus folgerecht, wenn andererseits zwischen beiden Instituten kein weiterer Unterschied anerkannt wird, als dass der jussus nur bei Verträgen Gewaltunterworfener zur Anwendung gelange, während das Garantiemandat diese Beschränkung nicht kenne. So die Kaiser Diocletian und Maximian:

L. 9. (8.) Cod. quod cum eo 4. 26: „Si mandator pro filio tuo extitisti vel jussu tuo cum eo quem in potestate tunc habuisti contractum est[2]) — — — — — — — denselben Gedanken spricht aus L. 1. § 3. Dig. quod jussu. 15. 4.

Dass mit dem Garantiemandat ein fremdes, von der bisherigen Entwickelung und Bedeutung des Mandatsbegriffes abweichendes Element in das System dieses bonae fidei Vertrages eindrang, war bereits von den älteren Juristen der klassischen Rechtsperiode richtig gewürdigt worden.

---

[1]) L. 7. Dig. quod. cum eo 14. 5. Scaevola: „Pater filio permisit mutuam pecuniam accipere et per epistulam creditori mandavit, ut ei crederet: Vgl. meine Besprechung dieser Stelle oben S. 17. 18.

[2]) Das heisst doch wohl: Derselbe Garantie- resp. Bürgschaftsvertrag, welcher in Beziehung auf Deinen emancipirten Sohn als ein Mandat gilt, erscheint als auf jussus beruhend, wenn der Hauptschuldner zur Zeit des Geschäftsabschlusses — tunc — sich noch in Deiner Gewalt befand.

Man legte sich die Frage vor, ob dieser neuen Erscheinung im Rechtsleben, sofern sie eine Verbindung mit dem Mandat erstrebte, überhaupt eine juristische Bedeutung beizumessen sei.

Diesen Standpunkt nahm, wie uns Gajus III. 156. berichtet, Servius Sulpicius ein, indem er dem Mandat: „ut Titio pecuniam faenerares" jeden obligirenden Character schlechtweg absprach.

Wie es scheint, trat als Erster mit einer entschiedenen Ansicht zu Gunsten des Garantiemandats Sabinus hervor:

> Gajus III. 156: — — — „quaeratur an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam faenerares. (Sed) Servius negavit; nec magis hoc casu obligationem consistere putavit, quam si generaliter alicui mandetur, uti pecuniam suam faeneraret. (Sed) sequimur Sabini opinionem contra sentientis, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset." Vgl. damit § 6. Inst. de mandato. III. 26.

Die Begründung freilich, auf welche sich diese fortgeschrittenere Auffassung stützt, ist sehr wenig befriedigend. Ihre Mängel sind indessen von mir bereits früher eingehend erörtert worden[1]).

Dass aber diese Stellungnahme des Sabinus eine ausschlaggebende geworden ist, kann nicht bezweifelt werden.

Der Proculianer Celsus, welcher im siebenten Buch seiner Digesten das Mandat eingehender behandelte, spricht sich mit Bestimmtheit für die Giltigkeit des Mandats „ut Titio credas" oder „ut pro Sejo intervenias" aus[2]). Gleichwohl verursacht doch auch ihm das mandatum tua tantum gratia, selbst mit Hinzufügung eines Garantieversprechens noch Schwierigkeiten. An einer anderen Stelle desselben Digestenbuches, die uns L. 48. § 2. Dig. mandati 17. 1. überliefert, sagt er:

> „Ceterum, ut tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen, id est ut cuivis credas, tu recipias usuras, *periculum* dumtaxat *ad me pertineat,* jam *extra mandati formam est*, quemadmodum si mandem ut mihi quemvis fundum emas."

[1]) Siehe oben S. 53. 54.

[2]) L. 6. §. 4. Dig. mandati 17. 1.

Eine Haftung für das übernommene periculum erkennt Celsus offenbar an, zögert aber trotzdem, dieses Rechtsverhältniss äusserlich als ein Mandat gelten zu lassen — jam extra mandati formam est.

Die Schlussworte der citirten Stelle „quemadmodum si mandem, ut mihi *quemvis* fundum emas" zeigen an, dass jene Unbestimmtheit und mangelnde Begränztheit des Mandats bei Celsus die gleichen Bedenken erregte, die wir bereits bei Servius Sulpicius wahrnahmen. Später dürfte man beim ganz unzweifelhaften Vorhandensein eines Garantiemandats diese Erwägungen schwerlich getheilt haben.

Ueberhaupt bin ich der Meinung, dass die volle Anerkennung des mandatum aliena gratia und seine Einordnung in das Mandatssystem weit weniger Schwierigkeiten verursachte, als solches mit dem mandatum tua tantum gratia der Fall war.

Das erklärt sich einmal durch die bereits früher erwähnte concretere Fassung des Ersteren, worauf in den Quellen entschiedenes Gewicht gelegt wird, und sodann durch seine häufige und später ganz allgemeine Verwerthung zu Bürgschaftszwecken. Hierauf wird jedoch in einem anderen Zusammenhang nochmals zurückzukommen sein.

Es ist daher ganz begreiflich, wenn Gajus dieses Institut ohne Bedenken den übrigen klagbaren Mandaten beiordnet und eine äussere Scheidung hier gar nicht mehr hervortreten lässt.

L. 2. § 2. Dig. mandati 17. 1. Gajus III. 155. § 3. Inst. de mandato. III. 26.

Einen weiteren Fortschritt in der angegebenen Richtung bahnt Ulpian an.

Die wesentliche Abweichung des Garantiemandats von den regelmässigen Mandatsformen erkennt er darin, dass der Mandant bei dem Ersteren kein eigenes Interesse an der Ausführung habe. Indem er sich in der Beurtheilung des Mandats: „ut Titio credas"[1]) auf die bereits erwähnte Autorität des Celsus stützt, gelangt er hinsichtlich des mandatum tua gratia zu einer bestimmteren Stellung, welche über derjenigen seines Gewährsmannes hinausliegt.

---

[1]) cf. L. 6. §§ 4. 5. Dig. mandati 17. 1.

Ulpian ist der Ansicht, dass wenn zu einem mandatum tua tantum gratia ein Garantieversprechen hinzutrete, daraus nicht nur, wie ja auch Celsus anerkennt, ein obligirendes Rechtsverhältniss hervorgehe, sondern dass dieses Letztere auch eine actio mandati erzeuge, mithin sich äusserlich als Mandat darstelle:

> L. 1. § 14. Dig. depositi 16. 3. — — — — — „si vero suaseris mihi, ut magis apud eum (sc. libertum tuum) deponam, tecum nullam esse actionem, cum illo depositi actio est: *nec mandati teneris, quia rem meam gessi.* Sed si mandasti mihi, *ut periculo tuo* apud eum deponam, *cur non sit mandati actio,* non video."

Dasselbe besagt auch die bereits früher eingehend besprochene L. 6. § 5. Dig. mandati 17. 1. u. a. m.

Mit dieser von Ulpian vertretenen Lehre ist dann der im ganzen späteren Recht eingenommene Standpunkt gewonnen.

Hier endlich haben wir auch die Frage zu beantworten, weshalb die Quellen nicht, anstatt sich an das Mandat zu halten, das ältere Institut des jussus aus seiner Beschränkung auf Geschäfte der Gewaltunterworfenen hervorzogen und ihm eine allgemeine Anwendung gaben. Diese Frage liegt um so näher, als der jussus, wie wir gesehen haben, alle Erfordernisse eines formlosen Garantievertrages in sich barg. In der That ist auch von den Gegnern[1]) unserer Theorie auf diesen Punkt mehrfach hingewiesen worden.

Es genügt ein Blick auf die Entwickelung des Bürgschaftsvertrages beim Aufkommen des Garantiemandats, um die geltend gemachten Zweifel alsbald zu zerstreuen.

Die fidejussio hatte dem Princip der bona fides zuerst Raum gegeben, indem sie die Regressklage des Bürgen nach den formlosen Regeln des Mandats gestaltete.

---

[1]) So statt anderer Mandry: „Das gemeine Familiengüterrecht." Bd. II. S. 578. „Dagegen könnte sich immerhin fragen, warum nicht die römische Jurisprudenz statt für die Fälle des Creditauftrages die actio mandati zuzulassen, dem Bedürfnisse durch erweiterte Zulassung der actio quod jussu entsprochen habe? Eine ausreichende Erklärung dieses Umstandes aber ist kaum zu geben, wenn der jussus Verpflichtungserklärung dem dritten Contrahenten gegenüber ist."

Gleichwohl haftete an dieser Bürgschaftsart noch immer eine lästige Beschränkung des strengen Rechts, welche ihren Grund in der engen Verbindung der Obligation des Hauptschuldners mit derjenigen des Bürgen hatte.

Es ergab sich nämlich hieraus, dass durch die litis contestatio mit dem einen der beiden verpflichteten Subjecte die Klage gegen das andere konsumirt wurde. Hatte der Gläubiger daher den fidejussor belangt, ohne von ihm volle Befriedigung zu erzielen, so konnte er den Rest nicht mehr vom Hauptschuldner nachfordern, selbst wenn Letzterer späterhin in die besten Vermögensverhältnisse gelangte. Die Obligation war eben klaglos geworden.

Um die Beseitigung oder doch Milderung dieser für den Gläubiger wie fidejussor gleich lästigen Wirkung der Klagenconsumtion haben sich schon vor Justinian die Juristen eifrig bemüht, und Justinians Gesetzgebung lässt ein solches Bestreben in noch erhöhterem Maasse erkennen. Wir dürfen daher wohl mit Sicherheit annehmen, dass eben der Wunsch, jenen Beschränkungen zu entgehen, neben anderen Gründen, zur Aufnahme und Verbreitung des Intercessionsmandats führte. Wollte man aber als formlosen Bürgschaftsvertrag den jussus verwerthen, so war gerade für die Beseitigung des soeben hervorgehobenen Mangels gar nichts gewonnen. Denn es ist bereits wiederholt erwähnt worden, dass beim jussus der enge Zusammenhang zwischen der Hauptverpflichtung und der accessorischen Verbindlichkeit des Jubenten wesentlich darauf zurückzuführen war, dass beiden Verpflichtungen nur eine Obligation zu Grunde lag. Hieraus ergaben sich dann mit Nothwendigkeit die gleichen lästigen Folgen, welche wir bereits bei der fidejussio rügten: Aufhebung des ganzen Schuldverhältnisses für alle Betheiligten durch einmalige Erfüllung und Beseitigung jeder weiteren Klage durch litis contestatio mit einem der Verpflichteten.

Es liegt auf der Hand, dass der jussus, wie er einmal war, im Verhältniss zur fidejussio keine wesentliche Erleichterung oder Vereinfachung des geschäftlichen Verkehrs herbeigeführt hätte, jedenfalls aber weit hinter dem zurückblieb, was man in dieser Richtung von dem ihm verwandten Mandat

erwarten durfte. So erklärt es sich, dass man den ursprünglich im jussus zur Entfaltung gelangten formlosen Garantiecontract später dem Mandat einverleibte, um seine weitere Verbreitung und Entwickelung zu ermöglichen.

Nachdem jetzt, wie wir gesehen haben, der formlose Garantievertrag endgiltig dem Mandatssystem eingegliedert worden war, verstand es sich ganz von selbst, dass sämmtliche Grundsätze des Mandats, soweit sie mit der besonderen Natur jenes Vertrages nicht im Widerspruch standen, auch auf ihn angewandt wurden.

Ebenso natürlich ist es, dass sich aus diesem Verhältniss dann eine Reihe von Eigenthümlichkeiten ergab, die dem Garantieversprechen, solange es die Grundlage der actio quod jussu bildete, gefehlt hatten.

Dahin gehört vor Allem die vollkommene Unabhängigkeit des Mandatsverhältnisses und der sich hieraus ergebenden Verpflichtungen von dem mandirten Rechtsgeschäft.

Diese Verschiedenheit in den rechtlichen Beziehungen zwischen dem Gläubiger, Garanten und Hauptschuldner bildet die Grundlage von practisch überaus wichtigen Consequenzen. Denn während hiernach der jussus eine selbständige Obligation nicht erzeugt, die durch ihn begründete Klage sich vielmehr an dasjenige Rechtsgeschäft anlehnt, welches zwischen dem dritten Contrahenten und dem Gewaltunterworfenen abgeschlossen wurde, entspringt aus dem Garantiemandat, sobald das mandirte Rechtsgeschäft zu Stande gekommen ist, auf beiden Seiten d. h. für jeden Contrahenten eine selbständige Klage, deren Inhalt sich lediglich nach den Gränzen des Mandats bestimmt.

> L. 6. § 4. Dig. mandati 17. 1. Ulpian: „Si tibi mandavero quod mea non intererat, veluti ut pro Sejo intervenias vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio, ut Celsus libro septimo digestorum scribit, et ego tibi sum obligatus".

Diese viel umstrittene Stelle kann nur dann richtig verstanden werden, wenn wir nicht vergessen, dass es sich hier um ein Garantiemandat handelt, aus welchem eine Verpflichtung gleichviel in welcher Richtung überhaupt erst nach Aus-

führung des unter Garantie gestellten Rechtsgeschäftes hervorzugehen vermag.

Behalten wir aber dieses im Auge, so lässt sich nach dem Inhalt der citirten lex auch in der Behandlung der Klage eine fortschreitende Verschmelzung des formlosen Indemnitätsversprechens mit dem Mandatssystem nicht verkennen.

Sabinus erwähnt beim mandatum: „ut Titio pecuniam faenerares" einer dem Mandanten zustehenden Klage noch mit keinem Worte.

Ihm kommt es zunächst nur darauf an, festzustellen, dass der Mandatar dem Mandanten gegenüber einen Anspruch auf Schadloshaltung habe. Gajus III. 156. § 6. Inst. de mandato. III. 26.

Weiter geht hierin Celsus. Er berücksichtigt, dass ja auch der Garant nach der Ausführung desjenigen Rechtsgeschäftes, welches er unter seine Garantie genommen hatte, gegen den Mandatar ex fide bona Ansprüche — z. B. auf Cession von Klagen und Rechten gegen den Hauptschuldner — haben könne, und dass diese durch eine actio zu sichern angemessen sei.

Es würde dem ganzen römischen Klagenprincip und der gesammten bisher dargestellten Entwickelung des Garantiemandats durchaus widersprechen, wollte man, wie das unbegreiflicher Weise geschehen ist, in der von Celsus erwähnten Klage eine auf Ausführung des Mandats gerichtete actio mandati directa erblicken, obwohl ausdrücklich erklärt ist, der Mandant habe daran kein Interesse[1]).

---

[1]) In erster Linie hat Ihering — „Ein Rechtsgutachten, betreffend die Gäubahn", Jahrb. für Dogmatik. Bd. 18. S. 64. ff. — das citirte Fragment in dem hier angefochtenen Sinne verwerthen wollen, um damit seine abweichende Interessenlehre zu stützen. Es liegt aber durchaus keine Veranlassung vor, die eventuelle Klage des Mandanten mit dem Satze: „quia mandato non est obtemperatum" zu motiviren, während er an der Klagencession seitens des Mandatars doch zweifellos ein Vermögensinteresse hat.

Ebensowenig dürfte es Ihering gelingen, L. 8. § 4. Dig. eod. tit. seinen Zwecken dienlich zu machen.

Mehrere Tutoren haben dem einen Contutor den Auftrag ertheilt, dem Pupillen einen Sclaven zu kaufen. Dieses Mandat ist unerfüllt ge-

Damit ist ja auch keineswegs gesagt, dass unmittelbar nach Abschluss des Mandats nothwendig beiderseits Ver-

---

blieben. — Nun fragt es sich, welcher Anspruch aus jener Versäumniss gegen den Contutor erwächst. Ob nur eine actio mandati directa seitens der Mandanten oder auch eine actio tutelae directa des Pupillen. Hier entscheidet Julian: „referre enim cujus generis servum tutores uni tutorum mandaverint ut emeret. Nam si supervacuum servum vel etiam onerosum, mandati actione tantum eum teneri, (d. h. seitens der Tutoren, wenn diese ein selbständiges Interesse an der Ausführung des Auftrages hatten) tutelae non teneri: si vero necessarium servum, tunc et tutelae eum teneri non solum, sed et ceteros: nam et si mandassent, tenerentur tutelae, cur servum pupillo necessarium non comparaverunt: non sunt igitur excusati, quod contutori mandaverunt, quia emere debuerunt. Plane habebunt nihilo minus mandati actionem, *quia mandato non est obtemperatum.*" Zunächst steht fest, dass die zuletzt erwähnte actio mandati sich als eine Regressklage der mit der actio tutelae directa belangten Tutoren gegen den Contutor darstellt. Eben daraus, dass Letzterer das ihm ertheilte Mandat nicht ausführte, erwuchs der Nachtheil für den Pupillen und die Haftung der Vormünder. Durch seine Versäumniss sind sie vermögensrechtlich geschädigt, und hierauf bezieht sich das von Ihering als selbständiger Klagegrund hervorgehobene „quia mandato non est obtemperatum". Aber wäre es denn andererseits so ganz undenkbar, dass die Vormünder selbst ein Interesse am Ankaufe des Sclaven hätten, ohne dass zugleich für den Pupillen darin ein Vortheil läge? Setzen wir den Fall, dass der Mündel Eigenthümer einer taberna ist, welche einstweilen von den Tutoren in eigener Person verwaltet wird. Um sich von dieser Last zu befreien, beschliessen sie auf Kosten des Pupillen einen Sclaven zu erwerben, welcher als institor dem Geschäftsbetriebe vorstehen könnte. Mit dem Ankaufe des hierzu geeigneten Individuums wird der Contutor A. betraut, welcher indessen jenem Auftrage nicht nachkommt. Da nun auch in der Zwischenzeit die taberna des Pupillen ordnungsmässig verwaltet wurde, so hat Letzterer gewiss keinerlei Ansprüche gegen seine Vormünder, wohl aber können diese den A. mit der actio mandati belangen, da er durch jene Versäumniss erhebliche Zeit- und Kraftopfer seitens seiner Collegen veranlasst hat.

Neuerdings hat dann auch Stammler — „Der Garantievertrag." Archiv für civil. Praxis. Bd. 69. S. 69. — sich gegen die von mir hier vertretene Auffassung der L. 6. § 4. Dig. mandati 17. 1. gewandt. Da er es aber unterlassen hat, seinen Standpunkt genauer zu begründen, so bin ich ausser Stande, hierauf näher einzugehen.

Sicher ist es falsch, nach der Lesart einzelner Handschriften das „non" vor „intererat" zu streichen, da gerade hierdurch d. h. durch das „non intererat" einer der wesentlichsten Unterschiede zwischen dem Garantiemandat und dem gewöhnlichen Mandatsvertrage hervorgehoben werden soll.

pflichtungen erwachsen müssen. So lange noch von keiner Seite zur Erfüllung geschritten ist, wird solches kaum zutreffen. Nichts desto weniger entsteht unmittelbar nach Abschluss des Vertrages „ultro citroque" eine „actio", jedoch zunächst rein potentiell, und erst im Falle einer Rechtsverletzung tritt der Anspruch in ein actuelles Stadium.

Von diesem Standpunct aus haben wir die in L. 6. § 4. Dig. mandati 17. 1. cit. erwähnte actio des Mandators zu beurtheilen.

Dass aber Celsus die actio mandati contraria des Gläubigers entsprechend dem rechtlichen Character des Intercessionsmandats in den Vordergrund stellte[1]), unterliegt keinem Zweifel und ergiebt sich mit Sicherheit aus der Anwendung der tempora: „ego tibi *sum* (sc. statim) obligatus" und im Gegensatz hierzu: „*erit* mihi tecum mandati actio" (sc. eventuell, d. h. im Falle einer Verletzung meines Rechts)[2]).

Aus diesem selbständigen Wesen des Garantiemandats als Obligation im Vergleich zu der Gebundenheit des jussus an die Hauptverpflichtung folgt auch naturgemäss eine ganz abweichende rechtliche Stellung der betheiligten Subjecte.

Der Mandator ist Gläubiger in zwei von einander ganz unabhängigen Verpflichtungsverhältnissen mit dem Hauptschuldner und dem Garanten. An diese beiden Obligationen schliessen sich zwei ebenso selbständige Actionen, die der Gläubiger bis zu seiner völligen Befriedigung nach Belieben hinter einander oder gleichzeitig anstellen kann. Es steht ihm demnach frei, mit der einen stets nachzufordern, was er mit der anderen nicht erreichte, bis die Tilgung seines Anspruches aus einer Klage oder aus beiden zusammen erfolgt ist:

---

[1]) Auch darauf wäre zu verweisen, dass Ulpian das Garantiemandat im Anschluss an die actio mand. contr. behandelt cf. L. 12. § 7. Dig. mandati 17. 1. „Contrario judicio experiuntur, qui mandatum susceperunt", und nachdem bis § 11. nur Fälle des contr. judic. behandelt sind, kommt in §§ 11. 12. 13. 14. 15. das Garantiemandat an die Reihe.

[2]) Vgl. hiermit die näheren Ausführungen über Verträge und Verpflichtungen bei Pernice: „Parerga". III. Weimar. 1888. S. 250., ebenso Pernice: „Labeo." II. S. 315. und endlich auch Brinz: „Lehrbuch der Pandecten." 2. Aufl. Bd. II. S. 57., der indessen mir etwas zu weit geht.

L. 60. pr. Dig. mandati 17. 1. Scaevola: „Creditor mandatorem convenit: is condemnatus provocavit: quaerendum est, an manente appellatione debitor a creditore conveniri potest. Respondi posse.

Dasselbe spricht aus Julian:

L. 13. Dig. de fidej. et mand. 46. 1.: „Si mandatu meo Titio decem credideris et mecum mandati egeris, non liberabitur Titius: sed ego tibi non aliter condemnari debebo, quam si actiones, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. Item si cum Titio egeris, ego non liberabor, sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris.

Hiermit stimmt fast wörtlich überein die von Gajus herrührende L. 27. § 5. Dig. mandati 17. 1., vgl. ferner L. 28. Dig. eod. tit. L. 41. § 1. und L. 52. § 3. Dig. de fidej. et mand. 46. 1. L. 23. Cod. de fidej. et mand. 8. 40. (41.)

Dagegen wird, wie wir gesehen haben, beim jussus eine besondere Obligation zwischen dem dritten Contrahenten und Jubenten nicht begründet. Die Klage gegen Letzteren schliesst sich an die mit dem Gewaltunterworfenen eingegangene Obligation.

Diese kann somit electiv durch zwei Klagen geltend gemacht werden, wobei indessen durch die Anstellung der einen die andere consumirt wird.

Noch grösser sind die Vorzüge, welche das Garantiemandat dem Mandanten im Vergleich zum Jubenten gewährt.

Der Mandant kann verlangen, dass der Mandatar bei der Ausführung des garantirten Unternehmens mit aller Sorgfalt und gemäss den an ihn ergangenen Weisungen verfahre. L. 95. § 11. Dig. de solut. 46. 3. L. 7. Cod. de fidej. et mand. 8. 40. (41.)

Hat aber der Mandatar von der ihm durch den Garanten gebotenen Sicherheit Gebrauch gemacht und ihn nachher in Anspruch genommen, so kann dieser verlangen, dass ihm dafür sämmtliche Vortheile und Ansprüche aus dem garantirten Unternehmen abgetreten werden, insbesondere alle Klagen, welche dem Mandatar aus dem mandirten Rechtsgeschäft gegen den Hauptschuldner zustehen.

Cf. L. 27. § 5. L. 28. Dig. mandati 17. 1. L. 13. Dig. de fidej. et mand. 46. 1. L. 95. § 10. Dig. de solut. 46. 3.

Die hier erwähnten Vorzüge stehen dem Jubenten nicht zu; einmal weil der jussus überhaupt keine selbständigen, von der Obligation des Gewaltunterworfenen abweichenden rechtlichen Beziehungen zum dritten Contrahenten erzeugt, sodann weil durch Anstellung der actio quod jussu die Klage gegen den Gewaltunterworfenen consumirt wird und endlich weil bei der Unmöglichkeit einer civilis obligatio zwischen dem Jubenten und dem Hauptschuldner eine Cession irgend welcher Klagen unwirksam wäre.

THESEN:

I.

Die Klagentheilung auf Grund des auxilium divisionis ex epistula divi Hadriani fand nach klassischem Recht vor dem Praetor in jure statt.

II.

Der Ausdruck „ipso jure compensatur" hat eine processuale Bedeutung und bezieht sich auf die Compensation vor dem Praetor in jure.

III.

Hinsichtlich der accessio temporis hat das justinianische Recht keine präcise Scheidung zwischen dem interdictum utrubi und der usucapio aufzuweisen cf. L. 13. § 5. Dig. de adquir. vel amitt. poss. 41. 2.

IV.

Der Schlusssatz der L. 32. Dig. mandati 17. 1. von: „Et in summa quicunque etc. an ist als interpolirt anzusehen.

V.

Schon vor Diocletian erlangte der Schuldner durch „depositio in aede" Befreiung von jeder Klage. (cf. L. 1. § 36. Dig. depositi 16. 3.) Daher ist es zu bezweifeln, dass L. 19. § 4. Cod. de usuris. 4. 32. eine Neuerung einführte.

VI.

In der Normirung der bona fides bei der Ersitzung vertritt das Provinzialrecht die sog. Redlichkeitstheorie.

VII.

Nach dem Provinzialrecht hinterlässt die Verjährung einer obligatorischen Klage eine Naturalobligation mit beschränkter Wirkung.

VIII.

In der Lehre von der Eviction beim Kaufvertrage steht das russische Privatrecht auf dem Boden des älteren klassischen Rechts, in so fern eine Haftung nur auf Grund besonderer Vereinbarung Platz greift.